# Interesse und Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB.

**Inaugural-Dissertation**

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Karl Seum**

Gerichtsreferendar

aus Kassel

Marburg 1932

Gedruckt bei A. Bernecker, Buchdruckerei und Verlag, Melsungen

Berichterstatter: Geh. Rat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 25. Januar 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0113

## Schrifttum.


Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. 1883.

Bermann: Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht. Dissertation Zürich 1896.

Brinkmann: Das Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander. 1855.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Bd. II, 1. Abt. Aufl. 1897.

Brückmann: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsbesorgung. 1903.

Carl: Der Umfang der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen. Diss. Halle 1909.

Chambon: Die negotiorum gestio. Eine zivilistische Abhandlung. 1848.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Aufl. 1913.

Cohnfeldt: Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. Mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung. 1865.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Aufl. 1902.

Dankwardt: Die negotiorum gestio. 1855.

Dernburg: Pandekten II. 6. Aufl. 1900.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, Abt. 2. 1901.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus: Das bürgerliche Recht. Bd. I, Abt. 2: Schuldverhältnisse. Afl. 1927.

Ernst: Interesse und Wille im § 683 BGB. Diss. Tübingen 1904.

Ernst: Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB., im Arch. ziv. Prax. Bd. 96, S. 440—505.

Fischer-Henle: BGB. Handausgabe mit Anmerkungen. 7. Aufl. 1906.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 5. Teil, 1. Abt., S. 351 ff. Aufl. 1798.

Goldmann-Lilienthal: Allgemeiner Teil und Schuldrecht. Bd. I. 2. Aufl. 1903.

Haymann: Schenkung unter Auflage. 1905.

Heimbach: Negotiorum gestio, in Weiske's Rechtslexikon. Bd. VII, S. 326. 1847.

Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 1864.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Jacoby: Der Rechtsbegriff der Bereicherung, in Jher. Jahrb. Bd. 4, S. 215 ff.

Jhering: Der Zweck im Recht. 2. Aufl. Bd. I. 1884.

Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Teil, 1. Abt. 3. Aufl. 1877.

Kohler: Die Menschenhilfe im Privatrecht, in Jher. Jahrb. Bd. 25, S. 1—141.

Köllner: Die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum. 1856.

Kritz: Pandektenrecht. Bd. I, 1. Teil. Aufl. 1835.

Krückmann: Institutionen des BGB. Aufl. 1929.

Leist: Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, Heft 2 der zivilistischen Studien aus dem Gebiete dogmatischer Analyse. 1855.
Leonhard, Franz: Bericht und Kritik über Isay, in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 44. S. 404.
Leonhard, Franz: Die Beweislast. Aufl. 1926.
Leonhard, Franz: Das Schuldrecht des BGB. Bd. II: Besonderes Schuldrecht des BGB. Erschienen in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft, X 2 II. 1931.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I, 2. Aufl. 1904.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. III. Bd. Besonderer Teil: Recht der Schuldverhältnisse. 1929.
Luz: Interesse und Wille des Geschäftsherrn bei den Ansprüchen des Geschäftsführers ohne Auftrag. Diss. Tübingen 1929.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1907.
Manigk: Artikel „Interesse" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. 3, S. 298 ff.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 3. Aufl. 1914.
Meisner: Das BGB. für das Deutsche Reich. II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. Aufl. 1898.
Mengelberg: Der Einfluß des Fehlschlagens des Erfolgs auf die Ersatzansprüche aus freiwilliger Geschäftsführung. Diss. Erlangen 1896.
Moesch: Die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn und die Ansprüche selbst. Diss. Greifswald 1915.
Mommsen: Zur Lehre vom Interesse. 1855.
v. Monroy: Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878.
Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Teil. 4. Aufl. 1844.
Müller, Ernst: Die Ansprüche des unbeauftragten Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung. Diss. Greifswald 1904.
Neumann: Handausgabe zum BGB. Aufl. 1905.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Aufl. 1929.
Oertmann: Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. 1931.
Ogonowsky: Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Recht. Lemberg 1877.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 2. Hälfte Recht der Schuldverhältnisse. Aufl. 1929.
Puchta: Pandekten. 7. Aufl. 1853.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. Aufl. 1928.
Rosenberg: Die Beweislast auf der Grundlage des BGB. und der ZPO. Aufl. 1923.
Ruhstrat: Über negotiorum gestio. 1858.
Ruhstrat: Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, in Arch. ziv. Prax. Bd. 32, S. 173—199, Bd. 33, S. 25—42; Bd. 34, S. 59—84, 213—241.
Ruhstrat: Über die Klagen auf Erstattung von Impensen und über generelle neg. gestio. In Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 110—150.
Ruhstrat: Zur Lehre von der negotiorum gestio, in Jher. Jahrb. Bd. 9 S. 223—287.
Ruhstrat: Über einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio, in Jher. Jahrb., Bd. 27, S. 70—152 (S. 121—123: Das negotium utiliter gestum).
v. Schey: Kritik an „Ogonowsky: Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Recht", in Grünh. Ztschr. f. d. ges. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. 5 S. 438. 1878.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Aufl. 1897.
Schulz, Georg: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Diss. Rostock 1900.
Schultzenstein: Interesse und Bürgerliches Gesetzbuch. in DJZ 1902 Nr. 22 S. 516.
Schütt, Otto: Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Diss. Rostock 1910.
Siméon: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1893.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. II. Band. Das Obligationenrecht. 1847.
Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II, 3. Teil. Aufl. 1929.
Stelzner: Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag nach dem BGB. Diss. Strassburg 1901.
Streber: Wille und Interesse des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag. Diss. Erlangen 1907.
Sturm: Das negotium utiliter gestum. 1878.
Sturm: Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB. 1897.
Thibaut: Pandektenrecht. II. Band. Römisches Zivilrecht.
Thon: Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte, in Arch. ziv. Prax., Bd. 80, S. 63 ff.
Unterholzner: Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit „Berücksichtigung der heutigen Anwendung". Bd. II. Aufl. 1840.
Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. 6. und 7. Aufl.
Wächter: Beiträge zu Lehre von der negotiorum gestio. Arch. ziv. Prax. Bd. 20, S. 337—361.
v. Wenning-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. II. Aufl. 1822.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 7. Aufl. 1891.
Zimmermann: Echte und unechte negotiorum gestio. 1872.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in Arch. ziv. Prax. Bd. 99, S. 104.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Aufl. 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Aufl. 1898.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

# Inhaltsverzeichnis.


Einleitung . . . . . § 1 Seite 9

**A. Das Interesse und sein Verhältnis zum Willen** . Seite 9

I. Überblick über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich des Interesses . . . . . § 2 Seite 9

1. Die objektive Theorie . . . . . Seite 9

2. Die subjektive Theorie . . . . . Seite 11

II. Kritik der vorgenannten Ansichten . . . . § 3 Seite 13

III. Begründung der eigenen Ansicht . . . . . Seite 16

1. Sprachliche Auslegung des Interesses . . § 4 Seite 16

2. Der Standpunkt der Motive und Protokolle zum § 683 BGB., und deren Hinweis auf das „negotium utiliter gestum" im Sinne Windscheids . . . . . § 5 Seite 20

3. Beweisführung für die subjektive Fassung des „negotium utiliter gestum" im römischen und gemeinen Recht . . . . . § 6 Seite 21

a) Die Quellen des römischen Rechts . . Seite 21

b) Der Standpunkt des gemeinen Rechts . Seite 24

4. Identifizierung der beiden Begriffe „Interesse" und „Wille" in der gemeinrechtlichen Literatur über die „negotiorum gestio" . . § 7 Seite 30

5. Die Unterscheidung eines zweifachen Willens des Geschäftsherrn beim „negotium utiliter gestum" . . . . . § 8 Seite 32

6. Auslegung des Interesses und Willens im § 683 BGB. . . . . § 9 Seite 40

**B. Der wirkliche oder mutmaßliche Wille** . . . . . Seite 47

I. Der wirkliche Wille . . . . . Seite 47

1. Darstellung der vorhandenen Ansichten . . § 10 Seite 47

a) Der erkennbare Wille . . . . . Seite 47

b) Der in Wahrheit vorhandene Wille . . Seite 48

2. Kritik und Begründung der eigenen Ansicht § 11 Seite 48

II. Der mutmaßliche Wille . . . . . Seite 50

1. Darstellung der vorhandenen Ansichten . . § 12 Seite 50

a) Die Vermutungstheorie . . . . . Seite 50

b) Die putative Theorie . . . . . Seite 51

2. Widerlegung der putativen Theorie und Beweisführung für die Vermutungstheorie . § 13 Seite 51

III. Die subsidiäre Geltung des mutmaßlichen Willens gegenüber dem wirklichen Willen . . . . . § 14 Seite 53

**C. Der Fall des § 683 Satz 2 BGB.** . . . . . § 15 Seite 54

**D. Beweislast** . . . . . § 16 Seite 57

## Einleitung.

§ 1.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem unbeauftragten Geschäftsführer ein Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen zusteht, hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 683 BGB. geregelt, in dem es bestimmt:

„Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht."

Trotz dieser anscheinend klaren Fassung herrscht über die Auslegung der dort genannten Begriffe „Interesse" und „Wille" weder in Rechtsprechung noch in Literatur Einigkeit, sodaß man namentlich bei der praktischen Rechtsanwendung dieses Paragraphen immer wieder auf Schwierigkeiten und Unklarheiten stößt. Es hat sich zwar hinsichtlich der beiden Begriffe eine Meinung gebildet, die man als die herrschende bezeichnen kann, über deren Berechtigung und Zweckmäßigkeit sich aber zum mindesten sehr streiten läßt. Zweck dieser Abhandlung soll es daher sein, an Hand der historischen Grundlagen der Geschäftsführung ohne Auftrag, der „negotiorum gestio", diese Meinung einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen.

# A. Das Interesse und sein Verhältnis zum Willen.

## I. Überblick über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich des Interesses.

§ 2.

Als erstes Erfordernis zur Begründung der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag führt das BGB. in § 683 das Interesse an, das neben dem Willen vorhanden sein muß. Bezüglich des Begriffs des Interesses kann man hauptsächlich zwei Theorien unterscheiden, die nach ihrem verschiedenen Standpunkt, von dem sie das Interesse als maßgebend aufgefaßt wissen wollen, als objektive und subjektive Theorie bezeichnet werden.

### 1. Die objektive Theorie.

Ein Vertreter der objektiven Theorie ist vor allem Staudinger[1]). Nach ihm ist unter Interesse der objektive Nutzen

[1]) Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, Teil 3, Erläuterung I, 1 a zu § 683. Aufl. 1929.

zu verstehen, d. h. „dasjenige, was nach Anschauung des Verkehrs dem Geschäftsherrn vorteilhaft ist", und zwar unter besonderer Berücksichtigung des Vorteils der bestimmten Einzelperson „in Hinsicht auf Geschlecht, Alter, Beruf, Familienstand, persönliche Neigungen und dergleichen". In demselben Sinne will Brückmann[2]) den Begriff des Interesses verstanden wissen. Bei der Bestimmung des Interesses, von ihm als technischer Interessenbegriff bezeichnet, im Gegensatz zum allgemein subjektiv zu fassenden Interessenbegriff, sei der Wille, da § 683 Interesse und Wille gegenüberstelle, von diesem völlig auszuscheiden. Der Begriff des Interesses habe eine gewisse Verwandtschaft mit dem „Besten" des Minderjährigen im § 5 BGB. In der Loslösung des Interesses vom Willen geht er soweit, daß dieser nur entscheide, soweit er feststellbar sei, sonst sei die objektive Nützlichkeit allein maßgebend[3]). Bei Ermittlung des Interesses sei vor allem auf das zu sehen, was rein objektiv nötig, nützlich oder vorteilhaft sei. Jedoch dürfe die Beurteilung keine rein abstrakte sein, sondern habe auch daneben die gesellschaftliche Stellung, den Namen, den Ruf des Geschäftsherrn, das Ansehen seiner Firma usw. zu berücksichtigen[4]).

Auch Cosack[5]) stellt in dieser Weise dem „subjektiven Erfordernis" des Willens das objektive Erfordernis des Interesses gegenüber, indem er letzteres aber auch nach der konkreten Lage des Geschäftsherrn bemißt.

Ebenso lehrt Dernburg[6]), das Interesse des Geschäftsherrn sei beachtet, wenn die Geschäftsführung der Lage, den sozialen Verhältnissen des Geschäftsherrn auf Grund der allgemeinen Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft entspreche.

Enneccerus[7]), der den Begriff des Interesses ebenfalls objektiv faßt, hebt die Bedeutung des wirklichen Interesses besonders hervor. Es sei nicht ausreichend, daß der Geschäftsherr von dessen Vorhandensein überzeugt gewesen sei, sondern das Interesse müsse vielmehr tatsächlich vorgelegen haben.

---

[2]) Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsbesorgung. 1903, S. 114.

[3]) Brückmann, a. a. O., S. 140; vgl. auch Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB., Bd. II, 1931, S. 441.

[4]) Brückmann, a. a. O., S. 122.

[5]) Cosack, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, 1913, § 155, 2 b, anders jedoch in seinem Beispiel.

[6]) Dernburg, Bürgerliches Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II, 2, S. 381, Aufl. 1901.

[7]) Enneccerus, Das bürgerliche Recht, Bd. I, Abt. 2, § 387, Ziff. 1 a und Anm. 2.

Nach dieser als vorwiegend herrschend zu bezeichnenden objektiven Theorie[8]) des Interesses ist das Interesse rein objektiv unter sachlicher Berücksichtigung aller Momente nach der allgemeinen Verkehrsanschauung zu bestimmen, wobei allerdings neben der rein abstrakten Wertung der Allgemeinheit das persönliche Moment insofern von Bedeutung ist, als die konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen sind.

### 2. Die subjektive Theorie.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung, nach der das Interesse als etwas dem Willen konträr Gegenüberstehendes zu betrachten ist, geht die subjektive Theorie des Interesses davon aus, daß ein jeder seine Interessen nach eigenem Belieben gestalten könne, und daß daher nur der Geschäftsherr über das Vorliegen eines Interesses zu bestimmen habe.

So sagt Matthias[9]): „Das Interesse des Geschäftsherrn ist nicht nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln, sondern aus den Intentionen des Geschäftsherrn selbst (subjektives Prinzip)."

Auch Endemann[10]) geht davon aus, daß jeder seine Angelegenheiten so einrichten könne, wie er wolle, daß er infolge seiner Selbstbestimmung ein jedes hilfreiches Eingreifen eines anderen verwehren könne[11]).

---

[8]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, zu § 683 Erl. 1 a; Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, S. 12, 13; Planck, Bd. II, 2 § 683 Bem. 2 a; RGR.-Komm. zu § 683 Anm. 2; Fischer- Henle, Handausgabe zum BGB., Bem. zu § 683 Crome, Bd. II § 255 I, 1 a (S. 633), Aufl. 1902; Loewenwarter, Handkomm. zum BGB., Bd. III, zu § 677; Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., 1. Hälfte § 71 Ziff. 4 a; Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 2. Hälfte, S. 527, Ziff. 1 a) aa); Krückmann, Institutionen des BGB., Aufl. 1929, § 30 (S. 271 ff); Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 684 ff und S. 609; Manigk, Art. „Interesse" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 3, S. 304; RG. 81, 431; OLG. Dresden in Seuff. Arch. 72, Nr. 143. Dissertationen: Streber, Wille und Interesse des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, 1907, S. 33; Luz, Interesse und Wille d. Geschäftsherrn, S. 49; Schütt, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn, 1910, S. 59; Carl, Der Umfang der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen, 1908, S. 42; Moesch, Die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn und die Ansprüche selbst. 1915, S. 29; Stelzner, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach dem BGB., 1901, S. 32.

[9]) Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Aufl. 1914, Bd. I, S. 399, § 138, B. 1.

[10]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I. Bd., § 178, Ziff. 3 a, S. 1122.

[11]) Ebenso Müller: Die Ansprüche des unbeauftragten Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung. Diss. 1904, S. 35.

Ebenso führt Schollmeyer[12]) aus, der Streit über die Bedeutung des negotium utiliter gestum sei gegen die Doktrin, die das Interesse des Geschäftsherrn nach objektivem Maß bemessen will, entschieden. Die Geschäftsführung liege daher nur dann im Interesse des Geschäftsherrn, „wenn der Geschäftsführer so handele, wie der Geschäftsherr bei Kenntnis der einschlagenden Verhältnisse vermutlich gehandelt haben würde".

Auf demselben Standpunkt steht Schulz[13]). Nach ihm ist der Begriff des Interesses im natürlichen Sinne des Wortes auszulegen, wonach das Interesse des Geschäftsherrn auf dessen ureigenstem Willen beruht.

Für Isay[14]) ist entscheidend, daß vermöge der freien Selbstbestimmung jeder fremde Eingriffe verbieten könne. Für ihn kommt ausschließlich das Interesse des Geschäftsherrn in Betracht, diesem steht im einzelnen Falle das Urteil hierüber zu. Falls jedoch der Geschäftsführer bewußt gegen das objektive Interesse des Geschäftsherrn handelt, steht ihm kein Anspruch zu, selbst wenn er dessen Willen getroffen hat[15]).

Eine eingehende Untersuchung des Interessebegriffs hat Ernst[16]) vorgenommen. Auch nach ihm vertritt das BGB. im § 683 eine streng subjektive Auffassung, jedoch in einem anderen Sinne, wie es die vorgenannten Schriftsteller tun, da diese seiner Ansicht bei ihrer Definition dem Willen zu wenig Raum lassen. Der Interessebegriff des § 683 BGB. deckt sich nach ihm durchaus mit dem von Jhering[17]) geprägten Satz: „Das Interesse ist die Beziehung des Zwecks auf den Handelnden und kein Handeln ist denkbar ohne Interesse," und dem weiteren Satz: „Der Interessebegriff erfaßt diese Werteigenschaft in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts"[18]). Sofern man daher von jemandes Interesse redet, heißt das, es soll eine Beziehung bestehen zwischen ihm und irgend einem Gute, Umstand oder Vorgange derart, daß diese für ihn einen besonderen Wert haben. Die Übernahme soll dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, bedeutet demnach: es soll eine Beziehung

[12]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Aufl. 1897, § 12 Ziff. 2 b, S. 99.

[13]) Schulz, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Diss. 1900, S. 26.

[14]) Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Aufl. 1900, S. 133.

[15]) Isay, a. a. O., S. 140; vgl. auch Leonhard, a. a. O., S. 442, Anm. 74.

[16]) Ernst, Interesse und Wille im § 683 BGB., Diss. 1904, S. 39 ff.

[17]) Jhering, Der Zweck im Recht, 1884, Bd. I, S. 52/53.

[18]) Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1865, Bd. III, 1. Abt., 3. Aufl. S. 317 ff, 327. Siehe auch Ernst: Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB. in: Arch. ziv. Prax. Bd. 96, S. 460—465. In folgendem soll immer die Dissertation zitiert werden.

bestehen zwischen dem Geschäftsherrn und dem vom Geschäftsführer verfolgten Zweck. Interesse und Wille aber verhalten sich zueinander wie Voraussetzung und Folge. Kein Wille ist daher denkbar ohne Interesse[19]). Mit der Hervorhebung des Willens im § 683 sei gesagt, im Sinne des Geschäftsherrn müsse es auch liegen, daß jener Zweck verwirklicht werde.

## II. Kritik der vorgenannten Ansichten.

### § 3.

Gehen wir nunmehr zu einer kritischen Betrachtung der einzelnen Ansichten über, so ergibt sich zunächst hinsichtlich der objektiven Theorie des Interesses, daß deren konsequente Durchführung in gewissen Fällen zu einem schweren Verstoß gegen die Gebote der dringendsten Billigkeit führt[1]). Es sei gestattet, diese Behauptung an einem Beispiel näher zu veranschaulichen und zu erhärten:

In einem Orte X hält sich eine Gruppe von Kanalarbeitern auf, die unter verhältnismäßig günstigen Bedingungen für die Auftraggeber in Kolonnen arbeitet, und jeweils nach Erledigung ihrer Arbeit von dem betreffenden Orte weiterzieht. Sie sind zur Zeit auf dem Gute des B in X tätig, um nach Beendigung der Arbeit das Dorf X zu verlassen. Der in X wohnende Grundstücksbesitzer A hat wiederholt in Gegenwart Dritter seinem Nachbar C gegenüber geäußert: „Wenn die Kanalarbeiter auf dem Gute des B fertig sind, lasse ich sie mir kommen und unter dem Weg meines Hauses einen Abzugsgraben ziehen." Die Arbeiter werden, als A gerade verreist ist, mit ihrer Arbeit bei B fertig und C läßt dann, um im Sinne des Abwesenden zu handeln und die günstigen Bedingungen für den A auszunutzen, einen Graben von der Kolonne ziehen.

Gesetzt den Fall, diese Anlegung des Grabens wäre aus irgendwelchen Umständen nach der Verkehrsanschauung als zweckwidrig und unsachgemäß zu betrachten, etwa weil die Anlegung einer Kanalisationsanlage objektiver Betrachtung richtiger erscheint. Dann wäre dem C, da es also an dem nach der herrschenden Meinung objektiv zu bestimmenden Interesse des Geschäftsherrn fehlt, ein Anspruch nach § 683 BGB. zu versagen, trotzdem die Geschäftsführung in vollem Umfange den Plänen und Absichten des Geschäftsherrn A entsprach. Daß diese Beurteilung des Falles sich mit den Erfordernissen der einfachsten Billigkeit gegenüber dem Geschäftsführer in Widerspruch setzt, liegt auf der Hand.

[19]) Ernst, a. a. O., S. 41 u. 103; vgl. Oertmann, a. a. O., zu § 683 Ziff. 1 c, S. 1089, der die Ernst'sche Theorie als Theorie des subjektiven Zweckes bezeichnet.

[1]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 443 (zu § 232).

Ein derartiges Ergebnis, zu dem die Anwendung der objektiven Theorie führen muß, kann daher unmöglich als ein „höchst lebenswahres und innerlich berechtigtes", wie es Brückmann[2]), ein eifriger Verfechter der objektiven Theorie, dieser nachrühmt, bezeichnet werden. Ein solcher Verstoß gegen die Grundsätze der Billigkeit aber muß umso schwerer wiegen, als es gerade die Billigkeit ist, auf deren Grundlagen sich die Geschäftsführung ohne Auftrag aufbaut[3]). Trotzdem wird die Unbilligkeit, die die objektive Theorie in derartigen Fällen mit sich bringen muß, von den meisten Vertretern der herrschenden Meinung überhaupt nicht gesehen oder erwähnt. Unter den Kommentatoren scheint dies lediglich Loewenwarter[4]) zu fühlen, wenn er, allerdings ohne weitere Begründung, ausführt, daß bei Kenntnis des wirklichen Willens des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer dieser allein maßgebend sei. In derselben Erkenntnis befindet sich auch Luz[5]), nach dem beim Vorliegen eines von Tatsachenirrtum freien Willens in der Regel auch dem Interesseerfordernis genügt sein soll. In diesem Punkte glaubt er dem subjektiven Interessebegriff eine Konzession machen zu müssen. Luz führt folgendes Beispiel an: „Hat ein Geschäftsherr z. B. wiederholt geäußert, er würde gern in einer bestimmten Lotterie spielen, und ein Freund spielt für ihn zu einer Zeit, da dieser Wille noch vorhanden war, in dieser Lotterie, so kann der dominus diesem doch nicht entgegenhalten, die Geschäftsführung habe zwar seinem Willen entsprochen, aber nach objektiver Würdigung der Sachlage sei für einen Mann in seiner Lage das Spielen nicht richtig, er sei inzwischen zu dieser Ansicht gelangt."

Die beiden vorbezeichneten Anhänger der objektiven Theorie wollen also in derartigen Fällen eine Ausnahme vom regelmäßig geltenden objektiven Prinzip zulassen. Wie will man aber diese Ausnahme vom Standpunkt der objektiven Theorie mit dem Gesetz in Einklang bringen? Wo steht im § 683 BGB., daß in gewissen Fällen vom Interesse abzusehen sei und daß hier der Wille genüge? Das Gesetz verlangt doch offensichtlich beide Begriffe kumulativ ohne jede Beschränkung nebeneinander. Statt derartige nicht aus dem Gesetz zu begründende Ausnahmen zu machen, liegt es doch näher, das ganze Prinzip der objektiven Theorie aufzugeben und nach einem Weg zur Auslegung des Interessebegriffs zu

[2]) Brückmann, a. a. O., S. 133.

[3]) Vgl. Sturm, Das negotium utiliter gestium, 1878, S. 25; Köllner, Die Grundzüge der obligatio negotiorum gestio, 1856, S. 67. Protokolle, Bd. II, S. 731.

[4]) Loewenwarter, Lehrkommentar zum BGB., III. Bd. Bem. zu § 677 BGB.

[5]) Luz, S. 67, 68.

suchen, der auch den Erfordernissen der Billigkeit gerecht wird.

Während also die objektive Theorie in dieser Weise sich selbst richtet, fällt den meisten Vertretern der sogenannten subjektiven Theorie des Interesses ein anderer Vorwurf zur Last. Es fehlt ihnen in den meisten Fällen die nötige Klarheit bei der Erfassung des gegenseitigen Verhältnisses ihres so gefaßten Interesses einerseits und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen andererseits.

So fährt Isay[6]) nach seiner Definition des mutmaßlichen Willens fort: „Der vermutliche Wille des dominus ist regelmäßig nicht etwas Subjektives, sondern etwas Objektives, nämlich das objektiv verstandene Interesse." Damit hat Isay im Enderfolg den Willensbegriff überhaupt aus dem Gesetz hinausinterpretiert und im Interessebegriff aufgehen lassen. Dies trifft auch für seine Ansicht zu, daß es auf den Willen, selbst wenn dieser feststehe, nicht ankommt, wenn bewußt gegen das objektive Interesse gehandelt sei[7]).

Zu ähnlichen Vermengungen der Begriffe kommt übrigens auch ein Vertreter des objektiven Interesses. Brückmann[8]) verlangt, daß der Geschäftsführer seine Mutmaßung aus dem Vorhandensein äußerer Willensmerkmale schöpfen müsse. Nun kann der Wille nach Brückmann entweder gar nicht vorhanden oder so unkenntlich sein, daß er für den Gestor gleich Null wird. Also vermindern sich für den Fall des Fehlens jeglicher äußerer Willensmerkmale die Erfordernisse des § 683 auf das Interesse. Die Ansicht Brückmanns wird daher mit Recht von Leonhard[9]) als mit dem Gesetz in Widerspruch stehend abgelehnt.

Im übrigen aber kommt dieser Vorwurf allen anderen Vertretern der objektiven Theorie gegenüber nicht in Betracht, indem sie ausdrücklich darauf hinweisen, daß bei der Bestimmung ihres objektiven Interesses danach zu fragen sei, was unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Geschäftsherrn für ihn vorteilhaft war, ganz abgesehen davon, was der Geschäftsherr selbst unter den vorliegenden Umständen als nützlich angesehen hätte. Bei dem mutmaßlichen Willen jedoch sei entscheidend, was bei der Sachlage, wie sie bei der Uebernahme der Geschäftsführung als vorliegend zu denken war, der Geschäftsherr vermutlich gewollt hätte, wobei auch ein solches Verhalten des Geschäftsherrn zu beachten ist, das ganz und gar nicht mit dem übereinstimmt, was nach objektiver Anschauung für den dominus als vorteilhaft anzu-

[6]) Isay, a. a. O., S. 136; vgl. auch Oertmann, a. a. O., Bem. 1 c zu § 683.
[7]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 442, Anm. 74.
[8]) Brückmann, a. a. O., S. 140.
[9]) Leonhard, a. a. O., S. 441, Anm. 71.

sehen ist. Diesen Ausführungen kann nicht entgegengetreten werden.

Auch die Interesse-Theorie des subjektiven Zwecks, wie sie sich bei Ernst[10]) findet, erscheint nicht durchschlagend. Zunächst halten wir die Verwendung des Jhering'schen Interessebegriffs, wie noch zu zeigen sein wird, bei keinem der von Ernst[11]) herangezogenen gemeinrechtlichen Schriftstellern in dem von Ernst behaupteten Sinne für erwiesen. Abgesehen hiervon ist nicht einzusehen, wozu das Interesseerfordernis nach seiner Auffassung überhaupt noch dient, wenn, wie er ausführt, ein Wille ohne Interesse undenkbar ist. Denn damit wäre das Interesse vom Gesetz als ganz überflüssig erwähnt worden[12]).

Zu wenig Berücksichtigung findet ferner bei beiden Theorien der Umstand, daß dem Geschäftsherrn jedenfalls dann an dem Eingreifen eines Dritten nichts gelegen ist, wenn er selbst in der Lage ist, seine Geschäfte zu besorgen.

Aus diesen Erwägungen heraus rechtfertigt sich unsere grundsätzliche Ablehnung der objektiven Theorie und der subjektiven Theorie, jedenfalls insoweit, wie sie bisher meist vertreten wurde. Unsere Aufgabe soll es daher sein, unter Beachtung der oben erwähnten Mängel beider Theorien eine Lösung zu finden, die dem hilfreichen Freunde, der sich unserer Angelegenheiten annimmt, gerecht wird, die aber andererseits nicht unlautere Dritte zum Eingreifen in unsere Rechtssphäre aufmuntert.

## III. Begründung der eigenen Ansicht.

### 1. Sprachliche Auslegung des Interesses.

### § 4.

### a) Der allgemeine Sprachgebrauch.

Der allgemeine Sprachgebrauch hinsichtlich des Wortes „Interesse" ist ein äußerst vielseitiger. Es ist dabei zu beachten, daß es sich bei diesem „Allerweltswort", wie Schultzenstein[1]) sich ausdrückt, um ein Fremdwort handelt, mit dem infolge seiner Vieldeutigkeit und Farblosigkeit die verschiedensten deutschen Ausdrücke bezeichnet werden. So wird Interesse oftmals gleichgesetzt mit Lust, Absicht, Gewinnsucht, Eigennutz usw. Aber auch sofern man unter Interesse Anteilnahme versteht, ist der Sprachgebrauch verschieden. Zwar überwiegt der Gebrauch des Wortes dabei in rein persönlichem und subjektivem Sinne. So meinen wir, wenn wir von einem Interesse jemandes an einem Grundstück sprechen, daß dieses Grundstück nach seiner eigenen Anschauung für

[10]) Vgl. oben S. 12, Anm. 16.
[11]) Ernst, a. a. O., S. 59 ff.
[12]) Ebenso Leonhard, a. a. O., S. 444.
[1]) Schultzenstein, in DJZ. 1902, Nr. 22, S. 516.

ihn einen Wert hat[2]). Andererseits aber faßt man wieder das Interesse objektiv, wenn man davon spricht, ein Verein verstehe es nicht, seine Interessen zu wahren, wobei zweifellos ein Interesse gemeint ist, wie es die Verkehrsanschauung unter sachlicher Würdigung aller Umstände normiert. Wenn auch die subjektive Verwendung des Interesses innerhalb des allgemeinen Sprachgebrauchs vorherrscht, so steht dieser doch nicht unbedingt der objektiven Fassung des Interesses entgegen[3]).

b) Die Verwendung in der gemeinrechtlichen Literatur, von der Spezialliteratur über die negotiorum gestio abgesehen.

Die Verwendung des Begriffs Interesse in der gemeinrechtlichen Literatur, von der Spezialliteratur über die negotiorum gestio zunächst abgesehen, ist ähnlich wie die des allgemeinen Sprachgebrauchs uneinheitlich und verschieden. Zunächst verband man fast allgemein bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts mit dem Begriff des Interesses die Vorstellung eines Schadens. Erwähnt sei ferner noch die Einteilung des Interesses in ein interesse commune, conventum und singulare.

Die Vorstellung von einem Schaden liegt namentlich der Definition von Mommsen[4]) zugrunde, wonach unter Interesse zu verstehen ist: „Die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie dasselbe in einem gewissen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, den dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten schädigenden Ereignisses haben würde."

Auf ähnlicher Basis bewegt sich auch die Umschreibung des Interesses bei Cohnfeldt[5]): „Interesse ist aller von einer Tatsache für eine bestimmte Person abhängiger Vorteil, oder mit anderen Worten, alles, was jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde." Nach ihm kommen dem Wesen des Interesses näher die Ausdrücke commodum, utilitas und omnis utilitas, ohne daß sie schlechthin als Bezeichnung des Interesses angesehen werden können, da Interesse etwas Hypothetisches ist, während letztere einen absoluten Vorteil bezeichnen[6]).

Wieder zu anderen Ergebnissen gelangt Jhering[7]). Ausgehend vom Begriff des Rechts führt er aus, daß jedes Recht

[2]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 444.

[3]) Vgl. Streber, a. a. O., S. 36; Isay, a. a. O., S. 136.

[4]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abt. Zur Lehre vom Interesse. 1855, S. 11, § 2.

[5]) Cohnfeldt, Lehre vom Interesse nach römischem Recht, S. 56 ff, § 6.

[6]) Cohnfeldt, a. a. O., S. 68.

[7]) Jhering, Der Zweck im Recht, 1884, Bd. I, S. 52 ff, Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung, 1865, Bd. III, 1. Abt., 3. Aufl., S. 317 ff.

des Privatrechts dazu da sei, daß es dem Menschen irgendeinen Vorteil gewähre, seine Interessen, Zwecke fördere. „Der Wertbegriff enthält den Maßstab zur Bestimmung der Tauglichkeit des Gutes. Der Interessebegriff erfaßt diese Werteigenschaft in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts[8])." Ein Recht, das an sich einen Wert hat, kann für dieses Subjekt ohne Interesse sein, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit für einen Blinden, die Berechtigung zum Besuche eines Konzerts für einen Tauben."

Aus diesen Sätzen läßt sich nur soviel feststellen, daß der Interessebegriff bei Jhering eine subjektive Färbung hat. Daß aber darüber hinaus der Interessebegriff sowohl in der Umgangssprache wie in der gemeinrechtlichen Literatur als ganz bestimmter Begriff in diesem Sinne aufgefaßt wird, wie Ernst[9]) behauptet, ist nicht anzuerkennen, umso weniger, als es nicht an Schriftstellern fehlt, die glauben, daß Jhering einen objektiven Interessebegriff vertrete[10]).

Aus den angeführten Schriftstellern dürfte zur Genüge hervorgehen, wie wenig Einigkeit unter diesen hinsichtlich des Interessebegriffes herrschte, sodaß eine feste Terminologie in dieser Beziehung aus der allgemeinen gemeinrechtlichen Literatur nicht nachweisbar ist.

### c) Die Verwendung des Ausdrucks Interesse im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Es soll nun weiter geprüft werden, ob uns nicht etwa der Sprachgebrauch des BGB. einen Anhaltspunkt dafür gibt, welchen Sinn es mit dem Interesse verbunden wissen will. Das BGB. gebraucht den Ausdruck „Interesse" sehr häufig[11]), und zwar sowohl für sich, als auch in Verbindung mit verschiedenen Zusätzen, insbesondere „rechtliches Interesse[12])", „berechtigtes Interesse[13])", „besonderes Interesse[14])", „öffentliches Interesse[15])" und „eheliche Interessen[16])".

Zweifellos richtig ist, wie die Vertreter der objektiven Theorie anführen[17]), daß in manchen Fällen nur eine objektive Auslegung des Interessebegriffs möglich ist. So kann im § 1304 Abs. 2, § 1779 Abs. 3, in denen von „Interesse" des

[8]) Vgl. auch oben S. 12 und 13.
[9]) Vgl. oben S. 16.
[10]) So Carl, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen. Diss. 1909, S. 36, 37.
[11]) Nach einer Zählung Schultzensteins in DJZ. 1902, Nr. 122: 70 mal im BGB. und 3 mal im EG. z. BGB.; vgl. auch Manigk: Artikel „Interesse" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 298 ff.
[12]) §§ 810, 1342 II, 1597 II, 1953 III, 2228, 2264, 2384 II.
[13]) §§ 343 Abs. 1, 824 Abs. 2.
[14]) §§ 542 Abs. 2, 634 Abs. 2.
[15]) §§ 525, Abs. 2, 679, 2194.
[16]) § 1358.
[17]) Streber, a. a. O., S. 40—44.

Mündels die Rede ist, dieses Interesse des Mündels nur unter Berücksichtigung der Verkehrsverhältnisse usw., d. h. unter Ausschaltung seiner etwaigen eigenen Ansichten, bestimmt werden.

Verfehlt ist es jedoch, wie es einzelne Vertreter[18]) der objektiven Theorie tun, aus diesen und verschiedenen anderen Paragraphen des BGB., die mit der von ihnen zu beweisenden objektiven Theorie übereinstimmen, den weiteren Schluß zu ziehen, daß diese Auffassung nun mit aller Bestimmtheit auch allen übrigen Paragraphen zugrunde zu legen ist.

Denn andererseits lassen sich Stellen anführen, in denen ein objektives Interesse keineswegs mit Sicherheit festzustellen ist. So spricht das BGB. in den §§ 343 Satz 2 und 824 Abs. 2 von einem „berechtigten Interesse". Aus der Notwendigkeit, diesen Zusatz dem Interesse beigefügt zu haben, rechtfertigt sich die Annahme, daß das BGB. in allen sonstigen Fällen des Interesses, auch bloße Launen, Marotten und Sonderwünsche genügen läßt, daß nun aber in dem besonderen Falle des berechtigten Interesses das Interesse eine Berechtigung haben solle, also nicht sinn- oder zwecklos sein dürfe. Es ist daher unverständlich, wie Streber[19]) den Begriff des berechtigten Interesses ohne weiteres als Beweismittel für ein objektives Interesse schlechthin anführen kann.

Nimmt man noch hinzu, daß in manchen Fällen, wo von einem Interesse die Rede ist, so in den Fällen des sog. negativen Interesses der §§ 122, 179, 305 BGB., hierunter der Schaden verstanden wird, den jemand dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit eines in Wirklichkeit nichtigen Rechtsgeschäfts vertraut, so ergibt sich die Richtigkeit der Behauptung Ernsts[20]), daß das BGB. dem Interessebegriff zweifellos keine juristisch-technische Bedeutung beigemessen hat. Das BGB. wendet vielmehr den Ausdruck ähnlich wie der allgemeine Sprachgebrauch in der verschiedensten Buntheit und Mannigfaltigkeit an. Insbesondere aber hat sich das BGB. bei der Anwendung des Interesses in den verschiedensten Paragraphen, vom § 683 abgesehen, offenbar nicht von dem Gegensatz der objektiven und subjektiven Interessetheorie leiten lassen, und dieser Streitfrage nicht die Bedeutung beigemessen, die ihr von deren Anhängern beigelegt wird. Eine gewisse Bestärkung erfährt diese Annahme auch darin, daß Schultzenstein, der für eine Ausmerzung des Wortes Interesse eintritt, mit keinem Worte die Streitfrage erwähnt hat.

Ist aber eine einheitliche juristisch-technische Verwendungsweise im BGB. nicht feststellbar, so läßt sich die Beantwortung der Frage, was unter „Interesse" in den verschie-

[18]) Streber, a. a. O., S. 40—44
[19]) Streber, a. a. O., S. 43.
[20]) Ernst, a. a. O., S. 35.

densten gesetzlichen Tatbeständen zu verstehen ist, nicht allein aus der sprachlichen Wertung des Wortes „Interesse" gewinnen.

2. Der Standpunkt der Motive und Protokolle zum § 683 BGB., und deren Hinweis auf das „negotium utiliter gestum" im Sinne Windscheids.

§ 5.

Der erste Entwurf zum § 683 BGB. lautete in seinem § 753 folgendermaßen:

„Wenn und insoweit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten von dem Geschäftsherrn bei Kenntnis der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein, so hat der Geschäftsführer wie ein Beauftragter des Geschäftsherrn gegen diesen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten, auch wenn der durch die Geschäftsführung beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist.

Es wird vermutet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen."

In der zweiten Kommission[21]) wurde von sechs Abänderungsvorschlägen der Antrag 4 angenommen, der folgende Fassung hat:

„Hat die Übernahme der Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entsprochen, so kann der Geschäftsführer von dem Geschäftsherrn in gleicher Weise wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen und Befreiung von den zum Zwecke der Geschäftsbesorgung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen."

Aus diesem Antrag 4 bildete dann die Redaktionskommission den jetzigen § 683 BGB.

Während nach Ansicht der Motive[22]) der Entwurf ein subjektives Prinzip vertritt, lassen die Ausführungen der Protokolle[23]) bei Darlegung der Gründe, die zur Annahme des Entwurfs 4 führten, in keiner Weise erkennen, in welcher Weise dieser abgeänderte § 753 näher zu umreißen ist. Sie ergehen sich in allgemeinen rechtspolitischen und sonstigen Erwägungen, ohne irgendwelche bestimmte Klärung zu bieten. Bei diesem unklaren Standpunkt der Motive und Protokolle

[21]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. II, S. 730.

[22]) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Aufl. 1888, Bd. II, S. 860.

[23]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Aufl. 1898, Bd. II, S. 733.

ist es verständlich, daß beide sowohl von den Anhängern der subjektiven[24]) und objektiven[25]) Theorie zur Beweisführung herangezogen werden, wobei selbst innerhalb der letzten Theorie in der Begründung keinesfalls Einigkeit besteht.

Aus dem Wortlaut des § 753 geht jedenfalls soviel hervor (vgl. „Zwecke und Verhältnisse"), daß die Nützlichkeit nicht objektiv, sondern nach den Absichten des Geschäftsherrn zu bestimmen ist[26]). Richtig ist von den Motiven hervorgehoben, daß das Geschäft, um für den Geschäftsführer einen Anspruch zu begründen, ein „negotium utiliter gestum" sein müsse. Da die Motive und Protokolle sich selbst über diesen Begriff nicht näher äußern, vielmehr lediglich unter Hervorhebung der Lehren Windscheids[27]) auf einige Streitfragen des gemeinen Rechts hinweisen, erscheint es unumgänglich, um zu einer wirklichen Erkenntnis der wahren Prinzipien zu gelangen, auf die gemeinrechtlichen Lehren, d. h. zunächst auf den Standpunkt des römischen Rechts, einzugehen.

Daß das BGB. nicht etwa, wie Streber[28]) behauptet, völlig losgelöst vom gemeinen Recht ist, sondern eng damit verbunden, geht schon aus dieser Stellungnahme der Protokolle und Motive hervor. Der Zusammenhang zwischen neuem und altem Recht ist aber ohnehin klar, da diese ganze Lehre über die Geschäftsführung ohne Auftrag aus der des römischen und gemeinen Rechts herausgewachsen ist und auf ihr aufbaut.

### 3. Beweisführung für die subjektive Fassung des „negotium utiliter gestum" im römischen und gemeinen Recht.

### § 6.

### a) Die Quellen des römischen Rechts.

Das römische Recht behandelt unter der Rubrik „de negotiis gestis" in den Digesten[29]) und im Codex[30]) die Gesamtheit der für die negotiorum gestio geltenden Rechtssätze, ohne daß jedoch dieser Komplex von Rechtssätzen für ein einheitliches Institut gehalten werden darf[31]). Aufgebaut sind diese Rechtssätze auf dem Edikt des Prätors in D 3,5 l. 3:

---

[24]) Ernst, a. a. O., S. 88 ff; Planck, a. a. O., zu § 683, Bem. 2 a; Luz, a. a. O., S. 43 ff.

[25]) Brückmann, a. a. O., S. 126, Anm. 2; Luz, a. a. O., S. 48, 49.

[26]) So Leonhard, a. a. O., S. 444.

[27]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 444, Anm. 79: „Das Gesetz wollte die Lehre Windscheids wiedergeben."

[28]) Streber, a. a. O., S. 5.

[29]) D 3,5 l. 1 ff.

[30]) Codex II, 19 l. 1 ff; vgl. auch D. 44,7 l. 1 ff und I.III. 27 l. 1 ff; D 15,3 l. 3.

[31]) Vgl. Dankwardt, Die negotiorum gestio. 1855, S. 1 ff.

„Si quis negotia alterius gessit, iudicium eo nomine dabo." Der legislatorische Grund dieses Edikts findet seinen Ausdruck in D 3,5 l. 1: „Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur." Die Römer trugen also dem Bedürfnis einer Geschäftsführung hauptsächlich dann Rechnung, wenn der Geschäftsherr abwesend war. Die „absentia" ist denn auch der typische Fall im römischen Recht[32]).

Ein Anspruch auf Auslagenersatz wurde dem negotorium gestor mit der actio negotiorum gestorum contraria dann zugebilligt, wenn das ausgeführte Geschäft ein „negotium utiliter gestum" war. Der Begriff der utilitas wird nicht scharf bestimmt. Die in Frage kommende Kardinalstelle ist die l. 9 (10) D. h.t., die folgendermaßen lautet: „Is autem, qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum. idque et Labeo probat. Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et dammi infecti rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit, non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias aggreditur."

Ulpian stellt hier im Anschluß an Labeo den Satz auf, daß die negot. gest. contraria actio nicht vom Erfolge der Geschäftsführung abhängig sei, es genüge vielmehr, daß der Geschäftsführer „utiliter" gehandelt habe (utiliter coeptum). Als Beispiel führt Ulpian das Stützen eines Hauses und die Pflege eines kranken Sklaven an. Celsus führt dann weiter im Anschluß an einen Wortstreit zwischen Labeo und Proculus aus, daß auch nach der Auffassung von Labeo ein „utiliter gerere" nicht vorliege, wenn jemand für die Unterhaltung einer für ihren Eigentümer überflüssigen oder wertlosen Sache etwas aufwende.

Aus dieser Stelle geht also hervor, daß trotz der objektiven Notwendigkeit eines Geschäfts, die actio contraria nicht gegeben ist, wenn sie mit den Absichten und Plänen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht. Von Wichtigkeit ist

[32]) Die absentia wird ausdrücklich hervorgehoben in D 3,5 l. 1, 2, 11, 19 § 3 und § 5, l. 31, § 2; weitere Zitate siehe Ruhstrat über negotiorum gestio, S. 7, Anm. 1.

ferner, daß uns nach dem Inhalt dieser Stelle das „negotium utiliter gestum" als ein technischer Begriff mit ganz bestimmtem Inhalt entgegentritt, wobei „utilis" nicht wörtlich, sondern, worauf Leonhard[33]) hinweist, in der Bedeutung „wirksam", „erfolgreich" zu verstehen ist.

Die subjektive Fassung des „utiliter gestum" ergibt sich ferner aus D 15,3 l. 3 § 4. Hier führt Ulpian aus, daß bei reinen Luxusverwendungen der Geschäftsführer keinen Ersatz verlangen könne, „nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit nec debere ex eo onorari domini quod ipse facturus non esset." Daraus erhellt, daß die Frage der Notwendigkeit von durchaus untergeordneter Bedeutung ist, daß vielmehr lediglich die „voluntas domini" entscheidet[34]), sodaß der Geschäftsherr auch nicht mit etwas belästigt werden darf, was er selbst nicht getan hätte.

Die Notwendigkeit einer Maßnahme wird von den Römern lediglich als Bestimmungsmoment des Willens des Geschäftsherrn benutzt[35]). So wird die Geschäftsführungsklage nicht schon dann gewährt, wenn z. B. der Kauf eines Grundstücks notwendig war, sondern es muß der Grundstückskauf auch dem Willen des Geschäftsherrn entsprochen haben, wie aus den Worten in D 3,5 l. 45 (46), „quae tibi necessariam esse scirem, et te eius voluntatis esse, ut emtum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum", ersichtlich ist.

Nach alledem erscheint die Übersetzung des „negotium utiliter gestum" nicht als einer nützlichen, sondern als einer gerechtfertigten Geschäftsführung zweckmäßig[36]).

Daß trotz der oben erwähnten zweifellos für eine subjektive Auffassung des „negotium utiliter gestum" sprechenden Quellenstellen, dieser Begriff im gemeinen Recht ein viel umstrittener war, erklärt sich aus der Vielheit der von Römern geregelten Einzelfälle, aus denen ein klares Prinzip nicht ohne weiteres erkennbar war. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller haben trotzdem in ihrer überwiegenden Mehrheit den wahren Sinn dieses „negotium utiliter gestum" richtig erfaßt, wobei sie auch in sehr feiner Weise den von den Quellen so häufig erwähnten Begriff der „absentia" verwertet haben, ein Umstand, der für die Auslegung der heutigen Norm des § 683 BGB. nicht ohne Einfluß ist.

---

[33]) Leonhard, a. a. O., S. 443, Anm. 76. Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslexikon 1847, Bd. VII, S. 332, Nr. 7, wo in Anm. 40 und 41 ausgeführt wird, daß Teophilus und die postjustinianischen Juristen, deren griechische Übersetzung in den Basiliken-Text aufgenommen sind, „utiliter" mit „brauchbar", „vorteilhaft" übersetzen.

[34]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 442, Anm. 75; Ruhstrat in Arch. ziv. Prax. Bd. 32, S. 181/82; Wächter, in Arch. ziv. Prax., Bd. 20, S. 452.

[35]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 443, Anm. 78.

[36]) Leonhard, a. a. O., S. 444.

b) Der Standpunkt des gemeinen Rechts.

Ohne praktische Verwendung für das geltende Recht und mit den Quellen in Widerspruch sind zunächst die sog. Nützlichkeits-, Notwendigkeits- und Ersparnistheorien des gemeinen Rechts. Zum besseren Verständnis der übrigen Lehren sollen sie aber hier kurz gestreift werden.

So gibt eine Anzahl von gemeinrechtlichen Schriftstellern[37]) dem Gestor ohne Rücksicht auf den Erfolg einen von vornherein gültigen Anspruch auf vollen Ersatz, sobald er nützliche Geschäfte besorgt, es sei denn, daß das fragliche Geschäft ein gewagtes gewesen oder ein Verbot des Geschäftsherrn vorlag[38]).

Von anderen Gesichtspunkten entscheiden Wächter[39]), Vangerow[40]) und Leist[41]) die Frage.

Nach Wächter[42]) hat der Gestor trotz Fehlschlagens des Erfolges vollen Ersatzanspruch, wenn die Geschäftsführung eine res necessaria war, worunter er eine solche versteht, die notwendig geschehen oder versucht werden mußte, entweder zur Erhaltung des Vermögens des dominus oder zur Tilgung bereits verfallener Verbindlichkeiten des Geschäftsherrn. Auch die Besorgung der Gesamtheit der gewöhnlichen laufenden Geschäfte und alles, was in deren Bereich fällt, rechnet Wächter hierzu. Weiter verlangt er noch, daß der Aufwand den Verhältnissen des dominus angemessen und die Handlung nicht gerade den Absichten des dominus zuwider gewesen sei. Das Verdienst von Wächter besteht hauptsächlich darin, zum ersten Mal gezeigt zu haben, daß mit dem Ausdruck „utiliter gestum" nicht die objektive Nützlichkeit gemeint sein könne, sondern daß dies ein technischer Begriff sein müsse[43]).

[37]) Thibaut, Pandektenrecht, 8. Aufl., § 630; Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, S. 351, 376, 379; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 437 N. 11—13, § 439 N. 3; von Wenning-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts, Bd. II, § 260, S. 311; Puchta, Pandekten, 7. Aufl., § 327, S. 479; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, III. Bd., S. 620.

[38]) Gegen die Nützlichkeitstheorie vgl. Wächter im Arch. ziv. Prax., Bd. 20, S. 342; Chambon, Die negotiorum gestio. Eine ziv. Abh. 1848, S. 63; Ruhstrat in Arch. ziv. Prax., Bd. 32, S. 179; in Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 222 ff; Über negotiorum gestio, S. 1 ff.

[39]) Wächter, a. a. O., S. 337 ff, 350, 351.

[40]) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, § 664.

[41]) Leist, Das erlaubte unberufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. 1855.

[42]) Wächter, a. a. O., S. 337 ff, 350, 361. Wie Wächter: Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II. Bd., 1. Abt., Aufl. 1879, § 231, S. 632; Unterholzner's quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, II. Bd., Aufl. 1840, Nr. 623, S. 600; Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, II. Bd. Das Obligationenrecht, 1847, S. 586.

[43]) Wächter, a. a. O., S. 349, 351.

Ähnlichkeit mit Wächter zeigt die Ansicht von Vangerow[44]). Nach ihm liegt ein „utiliter gestum" nur in Notfällen vor, wenn der Gestor eingetreten ist, um drohenden Schaden abzuwenden. Hat jedoch der Gestor einen größeren Verwaltungskreis eines Dritten übernommen, d. h. bei der sogenannten generellen neg. gestio, so seien auch bloß nützliche Geschäfte ebenso zu behandeln wie bei der speziellen neg. gestio die notwendigen.

Leist[45]) unterscheidet bei der actio contraria genau wie bei der Impensenlehre zwischen negotia necessaria, utiles und voluptaria. Während bei einem negotium necessarium immer ein Ersatzanspruch gegeben ist, müssen bei einem „negotium utile und voluptarium" nicht nur die allgemeinen, sondern auch die besonderen Verhältnisse des dominus berücksichtigt werden, sodaß man in „probabler Weise" muß sagen können, „dominum eadem facturum fuisse".

Wieder von ganz anderen Gesichtspunkten geht Jacoby[46]) aus. Nach ihm ist für die Frage, ob utiliter geriert sei, entscheidend, ob durch das Eintreten des Gestors dem Dominus eine Ersparnis gemacht worden sei. Notwendige Geschäfte werden von ihm immer als Ersparnis in diesem Sinne betrachtet, während es bei bloß nützlichen oder lästigen Ausgaben eines besonderen Nachweises bedarf, daß der Geschäftsherr trotz ihrer Unnötigkeit die Ausgabe ebenfalls gemacht haben würde.

Während der Nützlichkeitstheorie zum Vorwurf zu machen ist, daß sie den dominus fremden Nützlichkeitsansichten völlig preisgibt[47]), wird die Notwendigkeitstheorie durch so viele Modifikationen durchbrochen, daß von dem ursprünglichen Prinzip nichts übrig bleibt[48]). Abgesehen davon stehen beide Theorien mit den Quellen in Widerspruch. Die Ersparnistheorie aber krankt hauptsächlich ebenso wie die vorgenannten Theorien daran, daß es für sie besonders schwierig war, den Begriff des „negotium utiliter coeptum" zu erklären. Es kann doch wohl schwerlich von einem objektiven Nutzen bzw. einer Ersparnis gesprochen werden, wenn gar kein positiver Erfolg eingetreten ist[49]). Die An-

[44]) Vangerow, a. a. O., anders in der 7. Aufl., § 664, Anm. 3, hier verlangt Vangerow als weiteres Erfordernis das Vorliegen einer „absentia".

[45]) Leist, a. a. O., S. 103 ff, 116 ff, 122.

[46]) Jacoby, Der Rechtsbegriff der Bereicherung, in Jher. Jahrb., Bd. 4, S. 215, 221, 222.

[47]) Vgl. die oben S. 24, Anm. 38) Genannten, sowie Vangerow, a. a. O., S. 484.

[48]) Ruhstrat in Arch. ziv. Prax., Bd. 32, S. 181; Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 266.

[49]) Gegen Leist vgl. Ruhstrat, über negotiorum gestio. 1858, S. 14 ff, sowie Ruhstrat in Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 267, und Bd. 27, S. 122; Sturm, Das negotium utiliter gestum. 1878, S. 109.

sichten der vorgenannten Schriftsteller haben also für unsere fernere Betrachtung völlig auszuscheiden.

Nach Kritz[50]) entscheidet für die Frage, ob ein „negotium utiliter gestum" vorliegt, zwar grundsätzlich auch der Nutzen oder die Bereicherung. Ist aber letztere nicht eingetreten, d. h. beim Fehlschlagen des Geschäfts, so ist maßgebend, ob die Umstände zu der Annahme berechtigten, daß der dominus, wenn er gekonnt hätte, ein der negotiorum gestio entsprechendes Mandat gegeben haben würde.

Nach Chambon[51]) ist der Begriff der utilitas ein durchaus relativer, der im konkreten Falle erst durch die praktischen Verhältnisse eine bestimmte Gestaltung erhält. Auszugehen ist nach ihm davon, da der Gestor doch immer statt des dominus handele, daß der Gestor die Geschäfte so führen soll, wie der Herr sie selbst geführt haben würde. „Der Wille des letzteren, sofern er sich durch Worte oder Handlungen zu erkennen gegeben hat, ist daher die nächste Richtschnur, der er folgen muß. Es ist seine Pflicht, diesen Willen zu erforschen, gelingt ihm dies aber nicht, so sind es die Individualität, die Stellung und die übrigen Verhältnisse, die er in Erwägung ziehen muß, wonach er seine Tätigkeit einrichten muß. Erst wenn im einzelnen Falle diese nicht in Betracht kommt, liegt es ihm ob, den materiellen Vorteil des Herrn im Auge zu haben, dann allerdings soll er nie ganz willkürlich und nach eigenem Gutdünken verfahren[52])."

Nach Dankwardt[53]) ist die Frage der Utilität mit Rücksicht auf die gesamten Verhältnisse, in denen der dominus lebt, ja mit Rücksicht auf seine ganz individuellen Neigungen, Gewohnheiten, Geschäftsmaximen zu bestimmen, sodaß, wenn unzweifelhaft in concreto feststeht, der dominus würde von vornherein die Handlung gemißbilligt haben, hätte er davon gewußt und prohibieren können, eine obligatio nicht vorhanden ist.

Bei Dankwardt finden wir also zum ersten Mal ähnlich wie bei Chambon und Kritz eine klare Formulierung des negotium utiliter gestum, und zwar in subjektivem Sinne.

Auch Köllner[54]) bestimmt den Begriff der Utilitas durchaus relativ, sodaß sich im allgemeinen nach seiner Ansicht nicht sagen läßt, welche Geschäfte und wie der Gestor sie zu führen hat. Es sei jedoch für den Gestor eine actio neg. contraria dann gegeben,

„1. wenn er Geschäfte führt, die der Geschäftsherr besorgt haben will und wenn er sie so ausführt, wie von dem

[50]) Kritz, Pandektenrecht, Bd. I, 1. Teil, S. 353.
[51]) Chambon, a. a. O., S. 62 ff.
[52]) Chambon, a. a. O., S. 71.
[53]) Dankwardt, Die negotiorum gestio. 1855, S. 23, S. 28—30.
[54]) Köllner, Die Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum. 1856.

Geschäftsherrn vorgeschrieben ist. Denn wer den Willen des Geschäftsherrn ausführt, handelt zweifellos seiner Stellung gemäß,

2. wenn er Geschäfte führt, die den individuellen Verhältnissen und der Lage des Geschäftsherrn entsprechen, die notwendig oder nützlich sind, und wenn er sie den individuellen Verhältnissen und der Lage und den Umständen gemäß besorgt[55])."

Nach Köllner entscheidet also der Wille oder die Nützlichkeit alternativ. Da § 683 BGB. jedoch Interesse und Wille kumulativ verlangt, kommt seine Ansicht insoweit, selbst wenn man Interesse gleich Nutzen setzt, für uns nicht in Frage[56]). Bedeutung hat sie jedoch insofern, als Köllner in erster Linie ein willensgemäßes Verhalten des Gestors fordert.

Nach Brinkmann[57]) ist eine gestio dann als utilis zu bezeichnen, wenn sie dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn entspricht. Als eine solche ist diejenige anzusehen, die der Gewohnheit und folglich dem vermutlichen Willen des dominus Rechnung trägt. Also nicht die necessitas oder die utilitas, sondern die consuetudo domini ist das Entscheidende. Der Gestor kann nicht unbeschränkt klagen, wenn er wider dem präsumtiven Willen des dominus notwendige oder nützliche Verwendungen gemacht hat[58]).

Kohler[59]) faßt seine Ansicht dahin zusammen, die Utilität verlange, daß das Geschäft eine Hilfeleistung für des dominus Interesse enthält, aber sie verlangt noch mehr, daß die Interessensphäre des dominus auch in einer entsprechenden angemessenen Weise berührt wird. Der dominus aber ist der Herr seiner Interessen, dessen subjektive Zwecke sind es, denen sich der Gestor unterordnen muß, sodaß putative gestio vom Rechte nicht berücksichtigt wird.

Ruhstrat[60]), der die negotiorum gestio besonders eingehend behandelt hat, verlangt als Voraussetzung der Utilität, daß die Handlung des Gestors der voluntas domini entspricht. Handelt der Gerent nicht als Organ der voluntas domini, so kann die von Anfang an nicht entstehende Obligation noch durch den Erfolg der gestio gegeben sein[61]).

---

[55]) Köllner, a. a. O., S. 81, 82.

[56]) Vgl. auch Leonhard, a. a. O., S. 441, Anm. 70.

[57]) Brinkmann, Verhältnis der actio communi dividundo und der actio neg. gest. zueinander. 1855, S. 24.

[58]) Brinkmann beruft sich (S. 26, Anm. 1—3) auf D 3,5 l. 9, 10 l. 43 D. h. t., l. 46 D. h. t. und l. 3 § 3, 4 und 6 D 15,3.

[59]) Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht, in Jher. Jahrb., Bd. 25, S. 1—141; vgl. S. 62, § 4.

[60]) Ruhstrat, Über negotiorum gestio. 1858, S. 1 ff; Ruhstrat, in Arch. ziv. Prax., Bd. 32, S. 173 ff, Bd. 33, S. 25 ff, S. 213 ff, Bd. 64, S. 110 ff.

[61]) Ruhstrat, in Arch. ziv. Prax., Bd. 34, S. 59.

Ruhstrat unterscheidet zwei Arten der Utilität: die eine liegt vor, wenn die Verwaltung des Gerenten als solche nützlich ist und die andere im Falle der vom Gerenten bewirkten nutzbaren Verwendung[62]). Die erstere Art der Utilität führt Ruhstrat darauf zurück, daß nur im Falle der Verhinderung des Herrn die negotiorum gestio gegen diesen begründet sei. Die Notwendigkeit des Geschäfts begründe daher nicht schon an sich die Utilität, denn was der Herr selbst ausführen könne, an dessen Ausführung durch einen Ungerufenen könne ihm nichts liegen. Im ersteren Falle genüge ein bloßer Versuch, im zweiten Falle jedoch nur die tatsächliche Bewirkung von Impensen, um die Utilität zu begründen. Im einzelnen komme es bei der Utilität der Verwaltung als solcher darauf an, ob der dominus nach seiner Persönlichkeit und nach seinen besonderen Verhältnissen die Übernahme der Verwaltung des Gestors gebilligt haben würde, wenn er in der Lage gewesen wäre, eine Erklärung abgeben zu können[63]). Bei der durch Impensen begründeten Utilität will Ruhstrat die Frage, welche Entschädigungsansprüche der Gestor sich durch die Bewirkung nutzbarer Verwendungen begründe, nach dem im Gebiet der Impensenlehre geltenden Grundsatz beantwortet wissen.

Die von Ruhstrat hinsichtlich der Utilität der Verwaltung aufgestellten Voraussetzungen sind also ebenfalls durchaus subjektiv gefaßt.

Soweit allerdings Ruhstrat neben dieser Utilität der Verwaltung noch eine weitere sog. Impensenutilität[64]) annimmt, ist ihm nicht zuzustimmen. Gegen die Überspannung, die Ruhstrat hier dem Erfolg beimißt, wendet sich schon im gemeinen Recht Köllner[65]). Die von Ruhstrat für den Fall der Utilität der Verwaltung aufgestellten Prinzipien müssen vielmehr auch dann Geltung haben, wenn die Geschäftsführung einen günstigen Erfolg gehabt, d. h. einen materiellen Vorteil gebracht hat. Für das BGB. kann darüber kein Zweifel bestehen, da es bei der in der Impensenlehre §§ 994 ff BGB. getroffenen Sonderregelung in gewissen Fällen auf die Lehre der Geschäftsführung ohne Auftrag verweist, was jedoch sinnlos wäre, wollte man bei den notwendigen Verwendungen immer die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag als erfüllt ansehen.

---

[62]) Ruhstrat, Über negotiorum gestio, S. 23 ff, 28 ff; Ruhstrat, in Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 223 ff.

[63]) Ruhstrat, Über negotiorum gestio, S. 25.

[64]) Siehe oben Anm. 62. Gegen eine derartige Unterscheidung spricht auch die allgemeine Fassung der l. 2 D 3,5.

[65]) Köllner, a. a. O., § 26, S. 79, Anm. 5; vgl. auch Vangerow, a. a. O., 7. Aufl., § 664, Anm. II, 3.

von Monroy[66]), der den Ansichten von Ruhstrat im wesentlichen zustimmt, formuliert seine Meinung dahin, „daß der Geschäftsführer nur dann, aber auch stets dann, wenn das die Wahrnahme der Interessen des dominus bezweckende Geschäft dessen Willen entspricht, einen Ersatzanspruch habe. Das römische Recht hat also den Begriff des Vermögensinteresses in durchaus subjektiver Weise gefaßt, und das mit vollem Recht. Denn das Vermögen einer Person unterliegt der Willensherrschaft derselben. Eben deshalb kann die Frage, ob eine außerhalb des Vermögensgebiets vorgenommene Handlung für dieselbe von Interesse ist, nur aus dem Willen der Person heraus beurteilt werden." Damit die Handlung dem Willen des Geschäftsherrn entspricht, ist allerdings nicht erforderlich, daß dieser Wille bereits ein vollständig entwickelter ist, es genügt vielmehr, wenn feststeht, „daß, wenn der Geschäftsherr die Ausführung des Geschäftsführers gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde".

Ähnlich wie nach v. Monroy liegt bei Dernburg[67]) ein negotium utiliter gestum vor, sofern der Geschäftsführer annehmen konnte und mußte, daß der Geschäftsherr das Geschäft, wenn er in der Lage gewesen wäre, selbst in Angriff genommen hätte.

Eine völlig subjektive Formulierung des negotium utiliter gestum findet sich endlich bei Windscheid[68]) in den Sätzen: „Die Aufopferung muß im Interesse des Herrn gelegen haben. Man muß sagen können, daß, wenn der Geschäftsherr die Aufopferung gekannt hätte, er sie gebilligt haben würde." Diese Sätze begründet er aus den Quellen, die sagen, daß die Utilität nicht nach objektiven Rücksichten, sondern mit Rücksicht auf die besondere Lage und die besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn zu bestimmen sei, was Windscheid aus D 15,3 l. 3 § 4 und einigen anderen Quellenstellen folgert. Windscheid hebt ferner mit Recht hervor, daß die Notwendigkeit der Aufopferung in D 3,5 l. 21, l. 30, l. 45 lediglich in dem Sinne erwähnt sei, daß aus der Notwendigkeit ein Schluß gezogen werden könne, daß der Geschäftsherr die Aufopferung des Geschäftsführers gebilligt haben würde.

Zusammenfassend ist aus allen diesen Ansichten der gemeinrechtlichen Juristen von den reinen Nützlichkeits-, Notwendigkeits- und Ersparnistheorien abgesehen, ersichtlich, daß man überwiegend die Utilität mit Recht rein subjektiv auffaßte und dabei Notwendigkeit und Nützlichkeit lediglich als Bestimmungsmomente des Willens in Betracht

---

[66]) v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, 1878, S. 27 ff.

[67]) Dernburg, Pandekten, Bd. II, 6. Aufl., 1900, § 122.

[68]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Bd., 7. Aufl., 1891, § 430, Ziff. 2 b, S. 567, Anm. 17.

zog, ja daß man weiterhin bei Formulierung der einzelnen subjektiven Ansichten bereits den Begriff des Interesses verwendete.

### 4. Identifizierung der beiden Begriffe Interesse und Wille in der gemeinrechtlichen Literatur über die negotiorum gestio.

### § 7.

Wenn auch die vorgenannten Schriftsteller in der Formulierung ihrer Ansichten hinsichtlich der subjektiv zu bestimmenden Utilität der Aufopferung voneinander abweichen, so zeigen sich doch gerade für die Auslegung der begrifflichen Voraussetzung des § 683 BGB in Frage kommenden Begriffe gewisse Übereinstimmungen, die im folgenden untersucht werden sollen, und uns zur eingehenden Erkenntnisquelle für die Begründung unserer eigenen Ansicht dienen sollen. In Frage kommen dabei nur die Schriftsteller, bei denen sich eine ausdrückliche Verwendung der Begriffe Interesse und Wille findet.

Abzulehnen sind daher die Versuche der Vertreter der objektiven Theorie[69]), aus der Anführung von gewissen Umständen neben dem Willen bei einzelnen gemeinrechtlichen Juristen, die Anführung eines „Interesses" im weiteren Sinne, nämlich des objektiven Interesses zu erblicken. So will man namentlich in der Erwähnung der „Individualität-Stellung und übrigen Verhältnisse" bei Chambon[70]) und Köllner[71]), sowie in der Formulierung von Kritz[72]), „die contraria erfordere, daß Verlust und Aufwand des Gestors sich unter dem Betrage halte, den der dominus durch die gestio erlangt hat", die Formulierung eines derartigen objektiven Interesses sehen. Eine derartige Beweisführung ist unmöglich, da sie das Ergebnis vorweg nimmt, indem sie ohne weitere zwingende Anhaltspunkte, den angeführten Normierungen eine bestimmte Bedeutung, nämlich die eines objektiven Interesses unterschiebt und so das, was beweisbedürftig ist, einfach zur Beweisgrundlage macht. Dasselbe muß auch gelten gegenüber den Vertretern der subjektiven Theorie, die wie Ernst[73]), in den angeführten Voraussetzungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller einen mutmaßlichen Willen umschrieben wissen wollen.

Nur eine rein wörtliche Interpretation der beiden Begriffe, wie sie in der gemeinrechtlichen Spezialliteratur bei der Lehre von der negotiorum gestio verwendet wurde,

[69]) Luz, a. a. O., S. 28 ff; Streber, a. a. O., 3, 4; Brückmann, a. a. O., S. 27.
[70]) Chambon, a. a. O., S. 71, 72.
[71]) Köllner, S. 81, 82.
[72]) Kritz, a. a. O., S. 353.
[73]) Ernst, a. a. O., in Arch. f. ziv. Prax., Bd. 96, S. 475.

wird und kann vielmehr zum Ziele führen. Eine ausdrückliche Anführung des Wortes Interesse finden wir zunächst bei Ruhstrat[74]). Nach ihm ist der Begriff Interesse stets mit dem Willen identisch, sodaß in allen Fällen einer wirklichen Willensvertretung eine Obligation anerkannt werden muß[74]).

In ähnlicher Weise läßt v. Monroy den Begriff des Interesses von dem Willen des Geschäftsherrn umschlossen sein. Nach ihm kann die Frage, ob eine außerhalb des Vermögensgebietes vorgenommene Handlung für dieselbe von Interesse ist, nur aus dem Willen der Person heraus beurteilt werden[75]), da das römische Recht den Begriff des Vermögensinteresses in durchaus subjektivem Sinne gefaßt hat, „und das mit vollem Recht, denn das Vermögen einer Person unterliegt der Willensherrschaft derselben[76])".

Eine Identifizierung von Interesse und Wille nimmt auch Ogonowsky[77]) vor. Das Interesse ist nach ihm nur der objektive Ausdruck des Willens[78]).

Den Standpunkt der vorgenannten Schriftsteller teilt ferner Brinkmann[79]). Nach ihm ist für eine gestio utilis das wirkliche Interesse des Geschäftsherrn, das mit dem mutmaßlichen Willen gleichsteht, entscheidend.

Auch Windscheid[80]) läßt sich bei der Bestimmung des Interesses von dem präsumtiven Willen des Geschäftsherrn leiten. Dasselbe gilt von Arndts[81]), der sich ebenfalls auf die Windscheid'sche Formel beruft.

Während aus der Verwendung des Interessebegriffs in der allgemeinen juristischen Literatur vor dem BGB., von der Spezialliteratur abgesehen, kein Schluß zu ziehen war, zeigt sich aus den obigen Anführungen der die negotiorum gestio behandelnden gemeinrechtlichen Schriftsteller, daß, sofern der Begriff des Interesses überhaupt gebraucht wurde, man diesen meist mit dem Willen identifizierte[82]).

[74]) Ruhstrat, in Arch. ziv. Prax., Bd. 32, S. 188, 189; vgl. auch Ruhstrat in Krit. Viertelj. Schr., Bd. 2, S. 370.

[75]) v. Monroy, a. a. O., S. 26.

[76]) v. Monroy, a. a. O., S. 28.

[77]) Ogonowsky, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach öst. Recht.

[78]) Ogonowsky, a. a. O., S. 28, vgl. S. 16, 21: „Ein jedes Interesse des Geschäftsherrn auf Vertretung soll geeignet sein, den adäquaten Willen des Geschäftsherrn erkennbar zu machen." S. 25: „Interesse des Geschäftsherrn auf die Geschäftsbesorgung gleich seinem bezüglichen Willen."

[79]) A. a. O., S. 24.

[80]) A. a. O., § 430, Anm. 17.

[81]) Arndts, Pandekten, S. 565, § 293.

[82]) Brückmann, a. a. O., S. 114—116, falsch Ernst, S. 59 ff, der ein Interesse i. S. Jherings b. d. vorg. Schriftstellern annimmt.

## 5. Die Unterscheidung eines zweifachen Willens des Geschäftsherrn beim negotium utiliter gestum.

### § 8.

Mit diesen Feststellungen scheint zunächst die Möglichkeit aus diesen gemeinrechtlichen Lehren, Schlüsse für die Auslegung des § 683 BGB. zu gewinnen, gescheitert, da nach ihnen die Begriffe Interesse und Wille identisch sind, das BGB. aber doch beide Begriffe nebeneinander stellt. Nähere Betrachtung der gemeinrechtlichen Lehren wird jedoch erkennbar machen, daß, sofern für die Voraussetzungen der actio neg. gest. contraria der Wille bei den gemeinrechtlichen Juristen eine Rolle spielt, diesem eine zweifache Bedeutung beigelegt wird. Sollte uns dieser Nachweis gelingen, so liegt doch nichts näher als der Schluß, daß das BGB. mit seiner Verwendung von Interesse und Willen bei Berücksichtigung der im gemeinen Recht vorgenommenen Identifizierung von Interesse und Willen, diesen Unterschied der in Frage kommenden Willensarten hat zum Ausdruck bringen wollen und gebracht hat.

Es soll zunächst Ruhstrat[83]) herangezogen werden, in dessen umfangreichen Lehren sich in besonders klarer und prägnanter Weise die Prinzipien widerspiegeln. Wie schon oben ausgeführt, ist nach ihm die vermutliche voluntas domini der tiefere Grund, auf den sich die für den Geschäftsherrn gemachte Obligation zurückführen läßt[84]).

Der Wille des Geschäftsherrn, von dem für die Voraussetzungen der neg. gestio die Rede ist, hat nun nach Ruhstrat[85]) zwei verschiedene Seiten. „Der Geschäftsherr muß nämlich wollen, 1. daß eine gewisse Handlung ausgeführt werde und 2. daß diese Handlung durch einen Stellvertreter ausgeführt werde.

Nur darf diese zweite Richtung des Willens sich nicht auf einen bestimmten Stellvertreter, z. B. auf einen gewissen Mandatar beschränken, welchenfalls das Eintreten jedes anderen Stellvertreters dem Willen entgegen ist."

In dieser klaren Herausarbeitung der Zweiteilung des Willens des Geschäftsherrn liegt der Kernpunkt seiner Lehre, die uns den Schlüssel zur Auslegung des § 683 BGB. liefern wird. Ruhstrat[86]) geht davon aus, daß die neg. gestio vorzugsweise dazu diene, dem Nachteil vorzubeugen, die der Mangel eines Geschäftsführers den Interessen einer Person zu verursachen droht. In diesem objektiven Moment, näm-

[83]) Vgl. oben S. 27, 28.
[84]) Ruhstrat, in Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 224.
[85]) Ruhstrat, in Arch. ziv. Prax., Bd. 32, S. 190.
[86]) Ruhstrat, in Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 261; Über negotiorum gestio, S. 32.

lich darin, daß die Geschäfte des dominus der Verwaltung bedürftig sind, und der dominus nicht selbst in der Lage war, seine Bedürfnisse durch eigene Tätigkeit angemessen erledigen zu können, liegt das entscheidende Prinzip. Diese Erwägungen sind nach Ruhstrat nur maßgebend für den Fall der sog. Utilität der Verwaltung[87]), d. h. für die Fälle, in denen bloße Verwaltungshandlungen für den dominus vorgenommen wurden, ohne daß es zur Bewirkung von nutzbaren Verwendungen gekommen ist. Es ist dies nach ihm der sog. Fall des negotium utiliter coeptum des römischen Rechts. Zur näheren Bestimmung der Utilität, d. h. darüber, ob dem Gestor in diesen Fällen ein Ersatzanspruch zusteht, ist nach Ruhstrat zu prüfen[88]):

1. hinsichtlich des Willens, ob eine gewisse Handlung ausgeführt wird: ob die Vermögensverhältnisse des dominus, die vorlagen, als der dominus sich einmischte, überhaupt einer tätigen Hand bedurfte, ob also ohne die auf das ganze Vermögen oder einen Teil desselben sich erstreckende Tätigkeit eines Verwalters Nachteile eingetreten oder Vorteile, auf die nach Lage der Sache zu rechnen war, entgangen sein würden,
2. hinsichtlich des Willens vertreten zu werden: ob der dominus dabei interessiert gewesen ist, daß die an sich erforderliche Verwaltung seiner negotia von dem Gerenten in die Hand genommen wurde. Dies Interesse kann aber in der Regel als vorhanden angenommen werden, wenn die eigene Tätigkeit des dominus überhaupt nicht eintreten konnte, oft auch dann, wenn sie nur erschwert war oder wenn der Gerent nur commodius handeln konnte als der dominus[89]).

Über letzteres hinsichtlich des Willens vertreten zu werden aufgestellten Erfordernisses der Verhinderung, deren hauptsächlichster Fall die von den Quellen erwähnte „absentia" bilde, läßt sich, wie Ruhstrat ausführt, schwerlich aus dem Gesichtspunkt einer historischen Reminiszenz abtun. Denn die römischen Quellenstellen[90]) lassen erkennen, daß gewiß nicht bestimmt werden sollte, daß das, was dem verhinderten dominus nützlich, auch ohne Unterschied dem nichtverhinderten nützlich sein sollte[91]).

Die Art der Verhinderung kann jedoch vernünftigerweise keinen Unterschied machen. Sie ist daher nicht auf die von

[87]) Darüber, daß die von Ruhstrat für die Utilität der Verwaltung aufgestellten Grundsätze auch für den Fall der Impensenutilität nach unserer Ansicht zu gelten haben, vgl. oben S. 28.

[88]) Ruhstrat, in Jher. Jahrb., Bd. 9, § 2, S. 238, 239.

[89]) Vgl. l. 45 (46) D 3,5: „aut Titio mandasses et ego, quia per me commodius negotium possem conficere, emissem." Vgl. auch oben S. 22, 23.

[90]) Vgl. l. 1 I. 3,28; l. 1 D. h. t. u. l. 5 D 44,7.

[91]) Ruhstrat, Über negotiorum gestio, S. 6 u. S. 7, Anm. 1.

den Quellen ursprünglich bestimmte absentia beschränkt, sondern umfaßt auch alle anderen Fälle, in denen der dominus aus anderen Gründen, wie Krankheit, Gefangenschaft usw. an der Verwaltung seiner Angelegenheiten verhindert ist[92]).

Wie notwendig die Auseinanderhaltung und scharfe Scheidung der oben erwähnten beiden Willensarten ist, von denen der letzte, der Wille vertreten zu werden, bei Vorliegen gewisser Umstände vermutet werden kann, zeigt Ruhstrat an Hand von treffenden Beispielen, namentlich in seiner gegen Jacoby und Leist gerichteten Polemik, die auch heute noch gegenüber den Anhängern der objektiven Interessentheorie noch volle Geltung haben. Ist beispielsweise, so führt Ruhstrat[93]) aus, „jemand durch seine Verhältnisse genötigt, sich Getreide, Hüte oder Röcke anzuschaffen, so müßte er sich den Ankauf der Sachen durch jede beliebige Person gefallen lassen, und die Sache sogar im Falle ihres vor der Ablieferung eingetretenen zufälligen Untergangs bezahlen". Eine derartige Annahme würde der gesunden Vernunft widersprechen.

Hat also der Geschäftsherr erklärt, daß die Ausführung einer gewissen Handlung seinem Willen entspreche, aber nicht, daß er vertreten zu werden wünsche, so ist vielmehr im Zweifel immer anzunehmen, daß er die Absicht habe, diese Handlung selbst auszuführen, da natürlich niemals vermutet werden darf, daß jemand die Absicht habe, die aus seiner Willensfreiheit folgende ausschließliche Befugnis, seinen Willen selbst auszuführen, aufzugeben[93a]). Nur beim Vorliegen der oben erwähnten Umstände der Verhinderung ist unzweifelhaft, daß eine Vertretung dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Der an der Besorgung seiner Geschäfte nicht verhinderte dominus würde demgemäß durch die von einem Gerenten gemachten Verwaltungshandlungen (Aufnahme einer Anleihe, eines Darlehns usw.) nie verpflichtet, und zwar deshalb, weil ihm diese Verwaltungshandlungen durchaus nicht nützlich, wohl aber unbequem oder nachteilig sein würden, wenn er sie anerkennen müßte. „Es wäre", so drückt sich Ruhstrat aus[94]), „allerdings ein wunderlicher Rechtszustand,

[92]) Ruhstrat, a. a. O., S. 24.

[93]) Ruhstrat, a. a. O., S. 8/9; vgl. auch Ruhstrat in Jher. Jahrb., Bd. 9, S. 281, sowie folgendes Beispiel: „Jemand muß sich notwendig ein Haus bauen und ist von dieser Notwendigkeit selbst überzeugt. Obgleich er für seine Bedürfnisse selbst sorgen kann (etwa weil er selbst Architekt oder Maurermeister ist!), so findet sich sein Nachbar veranlaßt, zu diesem Geschäft 1000 Taler zu leihen, die aber durch Zufall untergehen. Wenn nun der Nachbar mit der actio contr. auf Erstattung der 1000 Taler klagt, so wird der verständige Richter sich gedrungen fühlen, ihn zu fragen, was veranlaßt Dich denn zu einer Einmischung in ein Geschäft, das Dich gar nichts angeht?"

[93a]) Ruhstrat in Arch. ziv. Prax., Bd. 32, S. 199.

[94]) Ruhstrat, Über negotiorum gestio, S. 68.

wenn der dominus, der seine Geschäfte selbst besorgen kann und die erforderlichen Gelder in der Tasche hat, den kasuellen Untergang des von einem Gerenten geliehenen Geldes tragen müßte".

Wenn auch nicht mit der Schärfe wie bei Ruhstrat, läßt sich doch auch die grundsätzliche Unterscheidung der beiden Willensformen bei Dankwardt[95]) nachweisen. Aus seiner Grundanschauung über die negot. gestio als eines fingierten Mandats gelangt er zu folgenden Sätzen[96]). Zunächst muß die Handlung, abgesehen von anderen in diesem Zusammenhang nicht interessierenden Momenten einen Erfolg haben können, der dem dominus mittelbar oder unmittelbar einen Vorteil bringt, „denn ohne dieses Requisit läßt sich der Auftrag des dominus", und das, was für uns entscheidend ist, der Wille auf Vornahme einer Handlung (Wille des Erfolgs), „nicht fingieren". Abgesehen von diesen für den Erfolgswillen zu bezeichnenden maßgebenden Kriterien, muß jedoch der dominus stets ein Interesse daran haben, daß die Handlung für ihn vorgenommen wird. „Denn ohne alles Interesse des Mandatars gibt es kein Mandat." Daran ist nach Dankwardt festzuhalten, selbst wenn das Geschäft den glücklichsten Erfolg gehabt hat. Daß Dankwardt „mit seinem Interesse" den Willen vertreten zu werden hervorheben will, bedarf keiner näheren Erörterung.

Die Erkenntnis dieser beiden in Frage kommenden Willensarten ist noch deutlicher ersichtlich bei Brinkmann[97]). Nach ihm muß zur Begründung der actio neg. gest. contraria die gestio dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, d. h. sie muß eine gestio utilis sein, d. h. sie muß der Gewohnheit oder dem vermutlichen Willen des dominus entsprechen[98]). Neben diesem Interesse bzw. Willen des dominus an einer bestimmten Handlung ist jedoch weiter erforderlich, „auf Seiten des dominus der Wille[99]), sich durch den Gestor vertreten zu lassen, der, bis das Gegenteil vorliegt oder zu präsumieren ist, angenommen werden muß. Danach fehlt, wenn der dominus dem Gestor die Geschäftsführung untersagt hat, mag er generell oder bloß einem Gestor dieselbe verboten haben, oder wenn der Gestor jemanden, der umsonst handeln wollte, verdrängt hat, was von Brink-

[95]) Dankwardt, a. a. O., zu § 19, Nr. 3 und 4.

[96]) Zwar ist die Konstruktion eines fingierten Mandats nach geltendem Recht abzulehnen, da die „Geschäftsführung ohne Auftrag" ein sog. „nur gesetzliches Schuldverhältnis" ist. Dennoch sind die Ausführungen Dankwardts, abgesehen davon, auch für das geltende Recht noch brauchbar.

[97]) Brinkmann, a. a. O., S. 15 ff.

[98]) Brinkmann, a. a. O., S. 26, Nr. 5.

[99]) Brinkmann, a. a. O., S. 15.

mann nochmals[100]) unter Berufung auf l. 2 C 2,19 hervorgehoben wird.

Auch die Ansicht von Köllner[101]), der, wie wir oben gesehen haben, den relativen Begriff der Utilität von Fall zu Fall beantwortet wissen will, läßt sich insoweit zur Erkenntnis der in Frage kommenden Gesichtspunkte verwerten. Als erstes Requisit verlangt Köllner für das negotium utiliter gestum überhaupt einen Grund der Vertretung. Als solche Gründe kommen in Frage:

1. der Wille,
2. das Bedürfnis,
3. der Mangel einer Belästigung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsführer vertreten zu werden[102]).

Dieser auf Vertretung gerichtete Wille wird entweder dadurch kenntlich gemacht, daß der Herr abwesend ist, oder daß er unfähig ist, seinen Geschäften vorzustehen[103]).

Während er so den Willen vertreten zu werden ausdrücklich hervorhebt, fordert er weiter, daß der Gestor, weil er Stellvertreter ist, so zu handeln hat, als ihm der Wille dessen, den er vertritt, vorschreibt, oder als der Geschäftsherr selbst gehandelt haben würde[104]) (Wille des Erfolgs!). Insofern findet sich also auch bei Köllner eine deutliche Trennung der beiden Willenserfordernisse.

Ganz offenkundig aber ist weiter die Verwendungsweise der beiden Willensarten bei v. Monroy[105]). Nach ihm steht, wie oben ausgeführt, dem Gestor eine contraria dann zu, wenn die Vornahme des negotium dem Willen des letzteren entsprach[106]). Zur näheren Erläuterung dieses Willenserfordernisses führt dann v. Monroy weiter aus: „Nicht nur die Handlung an sich muß dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen, sondern auch die Vornahme derselben gerade durch den Geschäftsführer, ein Vorteil, den man sich wünscht, gibt man vielleicht lieber ganz auf, als daß man ihn aus der Hand einer bestimmten Person annimmt[107])." Also auch bei v. Monroy ist eine klare und reine Scheidung der beiden Willensprinzipien festzustellen, was für uns umso wertvoller ist, als sich auch bei ihm die Verwendung des Interessebegriffs, den er dem Willen gleichsetzt, in dieser Form findet.

Hierher gehört auch die Ansicht von Zimmermann[108]), der eine Geschäftsführung erst dann für verbindlich hält,

[100]) Brinkmann, a. a. O., S. 26, Ziff. 4.
[101]) Köllner, a. a. O.
[102]) Köllner, a. a. O., S. 16.
[103]) Köllner führt als Quellenbelege l. 19 § 2 und l. 21 D 3,5 an.
[104]) Köllner, a. a. O., S. 81.
[105]) v. Monroy, a. a. O.
[106]) v. Monroy, a. a. O., S. 27.
[107]) v. Monroy, a. a. O., S. 29.
[108]) Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio, 1872, S. 131.

„wenn das Interesse des Prinzipals dieselbe wirklich wünschenswert macht, aber auch dies nur dann, wenn der Herr gleichzeitig an der Vornahme der eigenen Handlung verhindert ist".

Deutlich ersichtlich ist die Verwendung des Willensbegriffs in der zweifachen Bedeutung auch bei Thon[109]). Nach ihm „darf der Geschäftsführer seinen Ersatzanspruch damit begründen, daß er den ihm bekannt gewordenen Wünschen des Geschäftsherrn gemäß gehandelt hat[110]), vorausgesetzt nur, daß dem Geschäftsherrn die Erfüllung seiner Wünsche auch durch diesen Geschäftsführer genehm war[111])".

Wenn auch etwas verschleiert, so ist doch die Zweiteilung des Willens zum Ausdruck gebracht bei Ogonowsky[112]), der sich in seinen Ansichten eng an Ruhstrat anschließt. Nach ihm ist das Interesse das Bestimmungsmoment, das über die Zulässigkeit der unbeauftragten Geschäftsführung entscheidet[113]). Wenn auch Ogonowsky vorwiegend von einem Interesse auf Vertretung[114]) spricht — wobei er, wie oben ausgeführt, Interesse mit Willen gleichsetzt — so ergibt sich doch bei näherer Betrachtung, daß er unter seinem Interesse zwei verschiedene Arten versteht. Ein wichtiger Anhaltspunkt für den erkennbaren Willen (Interesse) des Herrn ist für ihn die Ausführung eines vorteilhaften, notwendigen oder nützlichen Geschäfts[115]). Die necessitas kommt demgemäß als äußerer Ausdruck seines Interesses in Frage. Das Interesse, das von diesen Kriterien bestimmt wird, läßt sich offenbar insoweit unschwer als das Interesse (Wille) auf Vornahme einer bestimmten Handlung (Wille des Erfolgs, Erfolgsabsicht) erkennen. Daß er daneben noch ein weiteres Interesse auf Vertretung im engeren Sinne (Wille vertreten zu werden) kennt, wird deutlich durch seine übrigen Ausführungen. Danach muß andererseits stets ein Grund zur Stellvertretung vorhanden sein, für die er die absentia in erster Linie erwähnt[116]). Diese allein jedoch genügt noch nicht zur Dokumentierung des Vertreterwillens i. e. S. des Geschäftsherrn, sondern das Interesse des Geschäftsherrn auf die Vertretung durch einen bestimmten Geschäftsführer muß positiv vorhanden sein[117]). Der Geschäftsherr soll nicht etwa selbst das bezügliche Geschäft vornehmen wollen. In der Beach-

[109]) Thon, Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte, in Arch. ziv. Prax., Bd. 80, S. 87.
[110]) Der Wille des Erfolgs!
[111]) Der Wille vertreten zu werden!
[112]) Ogonowsky, a. a. O., S. 1 ff.
[113]) Ogonowsky, a. a. O., S. 19.
[114]) Ogonowsky, a. a. O., S. 20 ff.
[115]) Ogonowsky, a. a. O., S. 26.
[116]) Ogonowsky, a. a. O., S. 21.
[117]) Ogonowsky, a. a. O., S. 29.

tung des Erfordernisses, daß dem Geschäftsherrn nicht etwa selbst an persönlicher Ausführung des Geschäfts gelegen ist, wobei die „absentia" als Mutmaßungsgrundlage dienen kann, liegt die Formulierung des Willens auf Vertretung in unserem Sinne.

Ganz offenkundig rechnet auch Windscheid[118]) mit einem zweifachen Interesse (Willen), indem er fordert, daß die Aufführung selbst als auch ihr Maß und ihre Vornahme gerade durch den Gestor dem Interesse des dominus entspreche.

Ebenso wie die vorgenannten Schriftsteller verwendet Bermann[119]) die beiden Begriffe. Nach ihm ist das Interesse des Geschäftsherrn, das vom Willen umschlossen wird und daher subjektiv zu bestimmen ist, maßgebend. Dem Geschäftsführer ist daher selbst wenn er die persönlichen Verhältnisse des Herrn, Gewohnheiten und Besonderheiten bei der Bestimmung seiner Handlungsweise beobachtet hat, keine Garantie dafür gegeben, daß der Herr die Geschäftsführung in seinem Sinne anerkennen wird[120]). Es darf daher auch nicht auf eine früher gefallene Äußerung des Geschäftsherrn, daß er einen bestimmten Erfolg wünsche, nicht allzu großer Wert gelegt werden, da sich die Verhältnisse und mit ihm der Wille des Herrn geändert haben können. Nachdem Bermann das Interesse des Geschäftsherrn an einer Handlung in dieser Weise näher modifiziert hat, weist er ferner auf das Erfordernis des Vertretungswillens mit den Worten: „Jedoch ist auch weiter immer zu bedenken, ob der Geschäftsherr diesen Erfolg auch durch die Stellvertretung des betreffenden Gestors erzielt haben will[121])." Ein solcher Wille vertreten zu werden fehlt in allen Fällen eines Verbots, bzw. kann in der Erteilung eines Auftrags liegen, wenn nämlich jemand einen anderen mit der Ausführung eines bestimmten Teils einer Arbeit betraut hat, so liegt darin ein Verbot zur Besorgung des übrigen Teils. „Das Interesse des Herrn verlangt daher, daß der Geschäftsführer, bevor er überhaupt an die Geschäftsführung herantritt, eingehend prüft, ob eine Einmischung und zwar speziell eine Einmischung seiner Person wohl im Sinne des Herrn liegt[122])." Auch darf der Geschäftsführer eine Person, die bereits in Tätigkeit ist, bzw. die für den Geschäftsherrn günstiger handeln konnte, nicht verdrängt haben[123]).

[118]) Windscheid, a. a. O., S. 430, § 17.
[119]) Bermann, Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich, 1898.
[120]) Bermann, a. a. O., S. 56.
[121]) Bermann, a. a. O., S. 62.
[122]) Bermann, a. a. O., S. 90.
[123]) Bermann, a. a. O., S. 91.

Der Reihe der das rein subjektive Prinzip des negotium utiliter gestum und die zweifache Art des in Frage kommenden Willens betonenden gemeinrechtlichen Schriftsteller schließt sich ferner Mengelberg[124]) an. Im Anschluß an Windscheid und Ruhstrat kommt es daher auch nach ihm bei der Feststellung des Willens des Geschäftsherrn entscheidend darauf an, ob dem Geschäftsherrn auch an der Besorgung des Geschäfts durch einen Gestor gelegen war. Ein derartiges Interesse liegt namentlich bei absentia des Herrn vor, fehlt aber, wie aus l. 2 C 2,19 hervorgeht, wenn ein anderer das Geschäft zu führen bereit war.

Während die vorgenannten Schriftsteller vorwiegend bei ihren Anforderungen an die Voraussetzungen der actio negot. gest. contraria vom Willen (Interesse) ausgehen, ist nach Sturm[125]) die Beachtung der erkennbaren äußeren Umstände im Geschäftskreis des Herrn entscheidend, aus dem der Gestor billigerweise einen Schluß auf die vermutliche Handlungsweise schließen muß[126]). Der vermutliche Wille des Herrn ist danach nicht etwa die Grundlage, sondern ein äußerer, für die Schlußfolgerung des Gestors zu beachtender Umstand[127]). Insofern unterscheidet sich Sturm grundlegend von den übrigen Schriftstellern, und auch von der Fassung des BGB. in § 683, wo Wille und Interesse ausdrücklich als maßgeblich angeführt sind. Doch ist er insoweit für uns von Bedeutung, als er in den Bestimmungsfaktoren dieser äußeren Umstände eine Unterscheidung trifft, die praktisch auf unsere Auseinanderhaltung der beiden Willensmomente hinausläuft. Bei der Frage, ob dem Gestor die contraria zustehe, ist nach Sturm zunächst zu prüfen, ob etwaige Hinderungsgründe des Einwirkens des Herrn auf seinen Geschäftskreis vorlagen. Hauptsächlichster Hinderungsgrund ist auch nach ihm die von den Römern erwähnte absentia. Zu beachten ist jedoch, daß eine derartige Einwirkung in unserem Zeitalter der Eisenbahnen, Posten, Telegraphen usw. eher möglich ist als zur Zeit der Römer[128]). Die Sorgfalt des Gestors verlangt daher, daß er, bevor er an den Geschäftskreis des Herrn herantritt, sich von der Verhinderung des Herrn immer erst überzeugt, gegebenenfalls durch schriftliche oder telephonische Nachfrage[129]). Ein derartiger Schluß des Gestors aus den äußeren Umständen kann demgemäß nur anerkannt werden, wenn der Herr wirklich abwesend oder verhindert war, „nicht daher

[124]) Mengelberg, Der Einfluß des Fehlschlagens des Erfolgs auch für Ersatzansprüche aus freiwilliger Geschäftsführung. Diss. Erlangen, 1896. Vgl. S. 24.

[125]) Sturm, Das negotium utiliter gestum. 1878.

[126]) Sturm, a. a. O., S. 14/15.

[127]) Sturm, a. a. O., S. 30.

[128]) Sturm, a. a. O., S. 48.

[129]) Sturm, a. a. O., S. 49.

kann er vom Richter gebilligt werden, wenn der Herr selbst in der Lage war, das betreffende Geschäft selbst vorzunehmen oder einen Vertreter hatte, oder wenn ein anderer da war, der besser eintreten konnte[130])". Liegen aber äußere Umstände, die in dieser Weise eine Vertretung rechtfertigen, d. h. nach unserer Ansicht, liegt ein vermutlicher Wille, vertreten zu werden vor[131]), so kommt es nach Sturm weiter darauf an, ob der Gestor billigerweise schließen dürfte, daß der Herr gerade diese Handlung vorgenommen haben würde[132]). Necessitas und utilitas sind jedoch nicht als derartige äußere Umstände hierfür ausreichend, ebenso wenig die Tatsache, daß der Herr den Kauf einmal wünschenswert genannt hat. Vielmehr bedarf es des Anführens noch anderer dringender Umstände, die der Gestor aus seiner Kenntnis des Geschäftskreises des Herrn schöpfen muß, dafür, daß der Herr gerade jetzt die Handlung vorgenommen hätte. Bei Erhaltung schon vorhandener Sachen des Herrn und bei Führung der laufenden Geschäfte wird dieser Schluß immer vorliegen, nicht aber, wenn es sich um Neuankauf von Sachen handelt[133]).

Wenn auch das BGB. im § 683 tatsächlich nicht den von Sturm bezeichneten Weg der Beachtung der äußeren Umstände eingeschlagen hat, was Sturm auch in seiner letzten Schrift[134]) indirekt selbst zugestehen muß, so lassen sich doch seine scharfsinnigen Ausführungen für die Erkenntnis der Unterscheidung der fraglichen beiden Willensarten in unserem Sinne verwerten.

### 6. Auslegung des Interesses und Willens im § 683 BGB.

### § 9.

Überblicken wir die so gefundenen übereinstimmenden Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller, so sehen wir, daß bei den Voraussetzungen der neg. gest. contraria der Wille des Geschäftsherrn immer wieder in einem zweifachen Sinne gebraucht wird. Berücksichtigt man, daß die oben genannten Juristen des gemeinen Rechts, den Interessebegriff mit dem Willen identifizieren, so glauben wir in unserer Schlußfolgerung nicht fehl zu gehen, daß das BGB. mit seiner kumulativen Verwendung des Interesse- und Willensbegriffs im § 683 diesen beiden Willensarten hat Rechnung tragen wollen.

---

[130]) Sturm, a. a. O., S. 45.

[131]) Sturm selbst vermeidet zwar ängstlich, von einem vermutlichen Willen zu sprechen, doch läuft seine Ansicht praktisch darauf hinaus.

[132]) Sturm, a. a. O., S. 49.

[133]) Sturm, a. a. O., S. 49, 50.

[134]) Vgl. Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB., 1897, S. 27: „Den positiven Vorschriften gegenüber müssen alle theoretischen Bedenken schweigen."

Ein zwingender Beweis dafür, ob nun unter Interesse der Wille zur Vornahme einer bestimmten Handlung oder der Wille auf Vertretung zu verstehen ist, läßt sich freilich aus dem gemeinen Recht nicht erbringen. Interesse auf Vertretung und Interesse an einer bestimmten Handlung werden vielmehr bei den einzelnen gemeinrechtlichen Juristen durcheinander gebraucht[135]).

Wenn man aber auch in dem Interesse etwas Subjektives erblickt — wie es diese Schriftsteller tun — so kann für den „Willen" eben nur der Wille vertreten zu werden, in Betracht kommen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß unter „Interesse" im Sinne des § 683 BGB. der Wille auf Vornahme einer bestimmten Handlung zu erblicken ist, während unter dem „wirklichen oder mutmaßlichen Willen" der Wille vertreten zu werden gemeint ist. Es ist das Verdienst von Leonhard[136]), diese Ansicht unter kritischer Stellungnahme zur bisherigen Literatur zum ersten Male mit eingehender Begründung aufgestellt zu haben.

Die Auslegung des Interessebegriffs trägt also streng subjektiven Charakter. Das Interesse einer Person wird eng von deren Willen umschlossen. Diese Auslegung entspricht auch der natürlichen Auffassung des Lebens. Denn man kann jemandem nicht mehr oder weniger Interesse aufdrängen, als er selbst wünscht, da das Interesse auf seiner eigenen Willensentschließung beruht.

So ist das Interesse des Geschäftsherrn zu verneinen, wenn der Geschäftsführer ein baufälliges Gebäude des Geschäftsherrn repariert, weil er im Sinne des Herrn zu handeln glaubte, während dieser dasselbe zum Abbruch bestimmt hat oder es dem Einsturz anheimfallen zu lassen gesonnen ist, und dieser Wille auch dahin erweislich ist, etwa weil er schon mit dem Abtragen begonnen hatte. Gleichgültig ist dabei, ob dieser Wille für den Geschäftsführer erkennbar war oder nicht. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in diesem Punkte völlig auf den römisch-rechtlichen Standpunkt gestellt. Der Geschäftsführer soll utiliter gerieren, nicht nur glauben, daß er es tue[137]).

---

[135]) Vgl. Ruhstrat in Jher. Jahrb., Bd. 9, wo er S. 236, 243, 257, 272 Interesse im Sinne des Willens vertreten zu werden, und S. 244, 250, 251 im Sinne des Willens auf Vornahme einer bestimmten Handlung versteht. Vgl. Ogonowsky, der vorwiegend von einem Interesse auf Vertretung S. 19, 21 spricht; vgl. aber auch S. 26.

[136]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 444: „Das Interesse bezieht sich auf den Wunsch des Herrn, daß dieses Werk überhaupt ausgeführt werde. Mit dem Willen aber ist der Wunsch gemeint, daß es von dem anderen besorgt werde."

[137]) D 3,5 l. 9 (10).

Während wir oben die Billigkeit für den Geschäftsführer betont haben, so ist doch andererseits zur Rechtfertigung des subjektiven Interessebegriffs darauf hinzuweisen, daß die Billigkeit ebenso einen Schutz des Geschäftsherrn verlangt, um ihn vor allen möglichen Eingriffen zu bewahren, sowohl gegen die nicht erfolgreiche, den Geschäftsherrn schädigende Geschäftsführung als auch gegen die überhaupt nicht gewollten Eingriffe in seine Rechtssphäre. Denn wie die Antragsteller des Antrages III des Entwurfes[138]) richtig hervorheben, mischt sich sehr oft jemand in fremde Angelegenheiten lediglich aus Vordringlichkeit und in dem Bestreben, sich nach außen hin wichtig zu machen, und es sind auch nicht immer selbstlose Gründe, von denen sich der Geschäftsführer leiten läßt. Der Geschäftsführer mag sich demgemäß vorsehen, indem er lieber nicht eingreift, wenn er nicht sicher ist, das wahre Interesse des Herrn richtig zu beurteilen.

Die Anforderungen, die hiermit an den Geschäftsführer gestellt werden, daß er das wahre Interesse des Herrn trifft, sind, was gegenüber den Vertretern der objektiven Theorie erwähnt sei, keinesfalls schwieriger, als die ihm nach der objektiven Theorie zugemutete Anstellung von objektiven Zweckmäßigkeitserwägungen, zu deren Vornahme er in vielen Fällen gar nicht in der Lage ist.

Um aber einer Überspannung des subjektiven Prinzips vorzubeugen, werden vom Gesetz, wenn dem Erfordernis des Interesses genügt ist, hinsichtlich des Willens vertreten zu werden, schwächere Anforderungen gestellt, um so mehr als der Geschäftsführer keinen vollen Einblick in die Verhältnisse des Geschäftsherrn hat. Hier genügt der „wirkliche oder mutmaßliche Wille". Dazu gehört auch, daß der Geschäftsherr nichts gegen die betreffende Person einzuwenden hat, und daß er auch gerade zu der betreffenden Zeit und in der betreffenden Art und Weise vertreten werden will.

Es kommt also beim Interesse des § 683 BGB. darauf an, ob die Vornahme einer Handlung den Wünschen des Geschäftsherrn, beim wirklichen oder mutmaßlichen Willen des § 683 BGB., ob die Vertretung dessen wirklichem oder mutmaßlichem Willen entsprach. Diese beiden Fragen hat sich der Richter bei jedem Anspruch des Geschäftsführers auf Ersatz seiner Aufwendungen vorzulegen, und damit wird ihm wirklich nicht zuviel zugemutet, eine klarere und einfachere Art der Lösung ist kaum denkbar.

Mit der von uns vorgenommenen Auslegung entgehen wir auch den Angriffen Isays[139]), der die Auffassung, daß die Geschäftsführung dem Willen des Herrn entsprechen müsse,

[138]) Protokolle II, S. 732.

[139]) Isay, a. a. O., S. 133, vgl. auch v. Schey in Grünh. Ztschr. Bd. 5, S. 440.

nicht scharf genug glaubt zurückweisen zu müssen, da sie zur Fiktion führe. Ein solcher Vorwurf wäre nur berechtigt, wenn wir auch hinsichtlich des Willens vertreten zu werden, immer dessen positives Vorhandensein fordern würden. Das aber ist nach unserer Auslegung nicht der Fall, da in dieser Beziehung der vermutliche Wille genügt.

Die von uns dargelegte Ansicht ist bisher lediglich von Schulz[140]), allerdings ohne nähere Begründung aus dem gemeinen Recht, und auch nicht ganz klar und scharf in dieser Form vertreten worden, indem er hervorhebt, daß jener das subjektive Interesse begründende Wille offenbar verschieden sei von dem sich auf die Vertretung richtenden wirklichen oder mutmaßlichen Willen des § 683 BGB., der ebenfalls zu berücksichtigen sei, „wenn die Geschäftsführung eine Wohltat und nicht ein schmerzhafter Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen darstellen soll".

Die Schulz'sche Ansicht hat in der Literatur vielfach Widerspruch gefunden. Zur endgültigen Rechtfertigung unserer Auffassung müssen wir uns daher mit den gegen Schulz gerichteten Angriffen und Einwänden näher beschäftigen.

Verhältnismäßig einfach abzutun sind die Einwände Ernst's, die er gegen die Schulz'sche Theorie vorzubringen glaubt. Ernst[141]) bemerkt, daß man, selbst wenn der Herr nichts dagegen habe, doch nicht im Ernste sagen könne, die Geschäftsführung entspreche seinem Willen, falls er etwa wünsche, daß mit der Vornahme des Geschäfts noch kurze Zeit gewartet werde oder daß er die vom Gestor gewählte Geschäftsart mißbillige. Dieser Einwand entfällt jedoch, da wir diese Momente, wie oben ausgeführt, bereits in unsere Definition des Begriffs des wirklichen oder mutmaßlichen Willens aufgenommen haben. In dem von Ernst vorgebrachten Falle fehlt es eben überhaupt an dem Willen vertreten zu werden in unserem Sinne, sodaß von einer Sprachwidrigkeit unserer Terminologie keine Rede sein kann.

Nicht so leicht zu widerlegen ist jedoch die sich insoweit gegen unsere Ansicht richtende Behauptung Brückmann's, infolge des vom BGB. geschaffenen Begriffs der „Übernahme" im § 683 sei jede Konstruktion unmöglich, nach der der Wille des Geschäftsherrn selbständig auf der Handlung und auf der Person, die sie vollzieht, ruhe. Brückmann[142]) führt hierzu folgendes aus: „Die Fassung Köllners, ‚wenn er Geschäfte führt . . .', entspricht der des BGB., wie auch richtig . . . ausgeführt wird, daß der Wille des Geschäftsherrn nicht gegen die Person des Geschäftsführers gerichtet sein darf. Denn der Begriff der Übernahme setzt

[140]) Schulz, a. a. O., S. 28.
[141]) Ernst, a. a. O., S. 12.
[142]) Brückmann, a. a. O., S. 131.

notwendig ein handelndes Subjekt voraus, und je nachdem dieses beschaffen ist, charakterisiert sich die Übernahme einer Geschäftsbesorgung. Die Person des Übernehmers ist daher begrifflich untrennbar von dem Übernahmeakt, sodaß der Wille des Geschäftsherrn nicht selbständig auf der Handlung oder der Person, die sie vollzieht, ruhen kann. Ist seinem Willen die Übernahmehandlung recht gewesen, der Handelnde aber nicht, so ist ihm die Übernahme nicht recht gewesen."

Diese Darlegungen Brückmann's beruhen auf der ihm eigentümlichen Auffassung vom Wesen und Begriff der Übernahme und deren Gegensatz zur Ausführung.

Nach Brückmann ist jede Geschäftsführung in zwei selbständige Teile zu zerlegen, von denen die beiden Summanden als „Übernahme" und „Ausführung" zu bezeichnen sind. „Übernahme" ist dabei der Willensakt zur Betätigung der Ausführung. Sie reicht demnach soweit, als der Gerent das Geschäft ausführen wollte[143]). Alles andere ist nach ihm „Ausführung". „Nur soweit der Wille, für einen anderen ein bestimmtes Geschäft zu besorgen und nur soweit die Besorgung des Geschäfts in seinem Willen lebt und soweit dieser Wille betätigt ist, ist die Geschäftsführung übernommen."

Dieser Ansicht Brückmann's über den Begriff der „Übernahme", in dem also das persönliche Moment des Vertreters besonders betont sein soll, kann jedoch nicht beigestimmt werden. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist der Ausdruck „Übernahme" durchaus unpersönlich und wird in den meisten Fällen mit Vornahme, Handlung, Ausführung, Verhalten usw. gleichgesetzt. Diese Verwendungsweise nach dem allgemeinen Sprachgebrauch spiegelt sich denn auch in dem § 753 des ersten Entwurfs wieder, wo lediglich von einer Handlung die Rede ist. Daß die Formulierung „Übernahme der Geschäftsführung" durchaus kein sprachgeläufiger ist, wird auch von Streber[144]), der sich im übrigen der Auffassung Brückmann's anschließt, empfunden[145]). Daß also mit der „Übernahme" zum Ausdruck gebracht werden soll, daß eine solche ohne ein handelndes Subjekt begrifflich unmöglich ist, läßt sich mit der Verwendungsweise nach allgemeinem Sprachgebrauch jedenfalls nicht ohne weiteres begründen.

Wie gekünstelt die ganze Auffassung Brückmann's ist, erhellt aus seinem eigenen Beispiel: „Der A. sieht das Haus seines Nachbarn dem Einsturz nahe, er will es für ihn stützen lassen. Hier will er dieses Stützen ausführen (nicht etwa übernehmen!), also übernimmt er es. . . . Die Übernahme ist also, da der Wille betätigt sein muß, ein Willensakt. Man

[143]) Brückmann, a. a. O., S. 109 ff.
[144]) Streber, a. a. O., S. 20, Anm. 1.
[145]) Gegen Brückmann, vgl. Carl, a. a. O., S. 15, Anm. 28.

kann nicht etwa auch sagen: Wenn der A. nachher Handwerker dang, er hätte Handwerker engagieren wollen."

Es ist weiter zu beachten, daß eine derartige Zerlegung eines jeden Geschäfts in „ein Schauspiel in zwei Akten[146])" in den meisten Fällen überhaupt nicht möglich ist. Wie will man in derartigen Fällen den Willen zur Ausführung beweisen können, wenn, um bei dem oben erwähnten Beispiel Brückmann's zu bleiben, das Dingen der Handwerker, diese einzige Betätigungshandlung bereits Ausführungshandlung ist. Es ist in keiner Weise ersichtlich, in welchen Umständen hier die Betätigung des Willens liegen soll. Die weitere Bemerkung Brückmann's[147]), „ein scharfes Auge wird auch in diesen Fällen den betätigten Übernahmewillen noch unterscheiden, ehe es ihn ausgeführt erblickt", kann demgegenüber keineswegs als für den Durchschnittsmenschen befriedigende Antwort betrachtet werden.

„Übernahme" im Sinne des § 683 BGB. ist vielmehr mit Isay[148]) lediglich der Beginn des im übrigen einheitlichen Aktes der Geschäftsführung, also rein zeitlich zu fassen. Die Geschäftsführung erscheint danach mit Recht als ein in sich geschlossenes Ganzes, innerhalb deren lediglich der Beginn der Handlung als ein besonders wirksames Moment der Geschäftsführungstätigkeit unter dem Begriff „Übernahme" erscheint.

Mit Widerlegung des Brückmann'schen Begriffs der „Übernahme" fallen aber auch gleichzeitig alle seine Angriffe in sich zusammen, soweit sie sich gegen die Haltbarkeit unserer Theorie richten. Denn faßt man Übernahme mit Isay als Beginn der Geschäftsführungstätigkeit, so ist hiermit in keiner Weise der Wille vertreten zu werden hinreichend oder besonders zum Ausdruck gebracht, sodaß auch der Wille selbständig auf der Handlung und auf der handelnden Person ruhen kann.

Wie wenig übrigens dem Begriff der Übernahme, wie sie Brückmann behauptet, maßgebende Bedeutung beigemessen wird, geht daraus hervor, daß verschiedene Schriftsteller bei der Aufstellung der Voraussetzung für den Ersatz der Aufwendungen im § 683 BGB. den Begriff der Übernahme überhaupt ganz weglassen.

So führt Simeon[149]) aus: „Ersatz der Aufwendungen ist gegeben, a) wenn die Geschäftsbesorgung objektiv dem In-

146) So Brückmann, a. a. O., S. 107.

147) Brückmann, a. a. O., S. 111.

148) Isay, a. a. O., S. 12; vgl. auch Leonhard: Bericht und Kritik über Isay in Krit. Viertelj. Schrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 44, S. 404.

149) Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, I. Bd., 1. Hälfte, § 71, S. 506, Nr. 4.

teresse und zugleich subjektiv dem wirklichen oder . . . entspricht."

Auch Crome[150]) spricht lediglich davon, wann eine Geschäftsführung nützlich unternommen ist.

Selbst wenn die Auffassung Brückmann's über den Begriff der „Übernahme" richtig wäre, läßt sich seine weitere Behauptung, daß der Wille nicht selbständig auf der Handlung und der Person, die sie vollziehe, ruhen könne, nicht rechtfertigen. Das Gesetz geht vielmehr von dem Gegenteil aus, indem es, worauf Leonhard[151]) hinweist, im § 678 BGB. zu erkennen gibt, daß unter dem „wirklichen oder vermutlichen Willen" gerade jener sich auf die Übernahme beziehende Wille zu verstehen ist, der sich also darauf bezieht, daß der andere die Geschäftsführung vornehmen soll. Die von uns hinsichtlich des Interesse- und Willensbegriffs vertretene Ansicht ist daher selbst unter Zugrundelegung der von uns im übrigen abgelehnten Brückmann'schen Auffassung vom Begriff der „Übernahme" sehr wohl haltbar.

Weitere Anfeindungen hat die Schulz'sche und damit unsere Auffassung bei Stelzner[152]) erfahren, indem er Schulz zum Vorwurf macht, daß er mit seiner Ansicht dem dominus, den er doch vor Schaden behüten wolle, einen schlechten Dienst erweisen würde. „Denn würde", so führt er aus, „in allen Fällen der wirkliche Wille des Geschäftsherrn als Bestandteil des Interesses verlangt, so müßte man in allen Fällen, wo zwar objektiv dem Nutzen des dominus entsprechend gehandelt, aber gerade sein Wille nicht getroffen ist, die neg. gest. verneinen und damit als unausbleibliche Folge zu einem empfindlichen Nachteil für den dominus kommen." Dem ist jedoch zu entgegnen, daß der dominus eben das größte „Interesse" daran hat, vor derartigen objektiven Nützlichkeiten, die seinem Willen absolut widersprechen, bewahrt zu werden, und daß das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht dazu da ist, um die Geschäftsherrn mit objektiven Nützlichkeiten zu beglücken. Im übrigen bewegen sich die Versuche Stelzners[153]), die er zum Nachweis der Unrichtigkeit der Schulz'schen Auffassung unternimmt, auf ähnlichem Boden wie die Angriffe Brückmann's, sodaß sich mit Widerlegung der Brückmann'schen Ansicht ein weiteres Eingehen auf dessen Stellungnahme erübrigt.

[150]) Crome, System des bürgerl. Rechts, Bd. II, Aufl. 1902, § 255, Ziff. I 1, S. 632.

[151]) Leonhard, a. a. O., S. 444.

[152]) Stelzner, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach dem BGB. Diss. 1901, S. 33, 34, 35.

[153]) Stelzner, a. a. O., S. 35.

## B. Der wirkliche oder mutmaßliche Wille.

### I. Der wirkliche Wille.

1. Darstellung der vorhandenen Ansichten.

§ 10.

Wenden wir uns nunmehr dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen zu. Wie oben ausgeführt, handelt es sich beim wirklichen oder mutmaßlichen Willen um die Frage, ob der Geschäftsherr die Vertretung wünscht, wozu auch gehört, daß er sie auch gerade zu der betreffenden Zeit und in der betreffenden Art und Weise wünscht. Abgesehen von diesem grundsätzlichen Unterschied, der zwischen uns und der herrschenden Meinung besteht, die den beiden Momenten nicht diese Einschränkung zuteil werden läßt, herrscht aber auch über alles übrige, insbesondere über den Inhalt der dem „Willen" beigefügten Zusätze, keineswegs Einigkeit. Zwar ventilieren die hier schwebenden Streitfragen bisher nur vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus, doch sind sie auch von unserer Betrachtungsweise aus von derselben Bedeutung.

Zunächst stehen sich beim wirklichen Willen zwei Ansichten gegenüber, von denen die zweite mehr oder weniger modifiziert ist.

a) Der erkennbare Wille.

So will die eine mehr die Lage des Geschäftsführers berücksichtigt wissen, indem sie auch beim wirklichen Willen alles auf dessen Mutmaßung abstellt, und daher unter dem „wirklichen Willen" den dem Gestor bei sorgfältiger Prüfung erkennbaren Willen verstehen.

Als Vertreter dieser Ansicht ist hauptsächlich Crome[1]) zu erwähnen. Danach soll der Handelnde „den ihm bekannten Absichten, wie ein Beauftragter den erteilten Instruktionen, und in deren Ermangelung dem „mutmaßlichen Willen" des Geschäftsherrn folgen. Diesen darf er wie jeder Geschäftsführer von seinem subjektiven Standpunkt aus beurteilen[2])."

Gleicher Ansicht war bisher Fischer-Henle[3]). In der 10. Auflage haben die Verfasser jedoch ihre Ansicht, daß es bei der Feststellung des „wirklichen Willens" auf das Erkennen bzw. Erkennenmüssen durch den Geschäftsführer ankommen müsse, aufgegeben.

Nach der Theorie des erkennbaren Willens kann sich daher der Geschäftsherr nicht durch den Gegenbeweis von

[1]) Crome, a. a. O., zu § 683, Ziff. b, Anm. 11 u. 12.
[2]) Crome, a. a. O., Anm. 12.
[3]) Fischer-Henle, Handausgabe zum BGB. mit Anmerkungen, 7. Aufl. 1906, Anm. 9 u. 10 zu § 677 BGB.

seiner Ersatzverpflichtung befreien, daß der Geschäftsführer seinen wahren Willen nicht getroffen habe. Ausschlaggebend ist vielmehr nur, ob der Geschäftsführer bei Anwendung aller sich gehörenden Sorgfalt annehmen konnte, den Willen des Herrn getroffen zu haben.

b) Der in Wahrheit vorhandene Wille.

Demgegenüber scheidet die herrschende Meinung[4]) das oben bezeichnete Erfordernis der Erkennbarkeit für den wirklichen Willen gänzlich aus. Nach diesen Ansichten ist „wirklicher Wille" der in der Tat vorhandene Wille, ohne Rücksicht darauf, ob er dem Geschäftsführer erkennbar war oder nicht.

Modifikationen erleidet diese Ansicht je nach dem Grade der Feststellbarkeit dieses Willens.

So soll nach Brückmann[5]) beim „wirklichen Willen" auch ein interner, nie geäußerter unvernünftiger Wille rechtserheblich sein.

Ähnlich ist die Meinung von Neumann[6]), nach der der wirkliche Wille der durch Irrtum nicht beeinträchtigte Wille des Herrn ist.

Im Gegensatz hierzu geht die Mehrzahl der Schriftsteller davon aus, daß der in Wahrheit vorhandene Wille nur soweit gelten könne, als er im Rechtsstreit bewiesen werden könne.

So verstehen der Reichsgerichtsräte-Kommentar[7]) und Schulz[8]) unter dem in Wahrheit vorhandenen Willen, „den geäußerten Willen", Staudinger[9]) und Planck[10]) den feststellbaren Willen und endlich Oertmann[11]) den erweislichen Willen.

2. Kritik und Begründung der eigenen Ansicht.

§ 11.

Die Entscheidung, welche von den beiden unter 1. a) und b) erwähnten Ansichten die richtige ist, kann nicht schwer fallen. Zunächst spricht eine rein wörtliche Auslegung des Begriffs „wirklicher Wille" dafür, daß hierunter nur das verstanden werden kann, was in Wahrheit tatsächlich ge-

[4]) Enneccerus, Bd. I, 2. Abt., S. 504, § 387 1 b; Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 218; Endemann, a. a. O., § 178, Ziff. 2; Matthias, a. a. O., S. 612; Schollmayer, a. a. O., § 12, Ziff. 2 b; Fischer-Henle, a. a. O., von der 10. Aufl. ab, Anm. 9 u. 10 zu § 677; Ernst, a. a. O., S. 33; Streber, a. a. O., S. 11, 12; Moesch, a. a. O., S. 32.

[5]) Brückmann, a. a. O., S. 133 u. Anm. 1.

[6]) Neumann, zu § 678 BGB., N. 4, Aufl. 1905.

[7]) RGR.-Komm., a. a. O., zu § 683, Bem. 3.

[8]) Schulz, a. a. O., S. 29.

[9]) Staudinger, a. a. O., Bem. II 1 b zu § 683.

[10]) Planck, a. a. O., Bem. 2 b zu § 683.

[11]) Oertmann, a. a. O., Bem. I b, c zu § 677.

wollt wird. Abgesehen davon setzt sich die Gegenansicht weiter in Widerspruch zum Gesetz. Denn wenn der Geschäftsführer auch hinsichtlich des wirklichen Willens selbst mutmaßen könnte, dann wäre die Erwähnung des mutmaßlichen Willens neben dem wirklichen Willen völlig überflüssig.

Unter dem „wirklichen Willen" muß demgemäß notwendig der in Wahrheit vorhandene Wille verstanden werden. Dieser Begriff ist jedoch zu schwach umrissen, um der Praxis feste Kriterien in die Hand geben zu können.

Nicht beachtet ist dieser Umstand allerdings bei Brückmann[12]) und Neumann[13]), wenn sie den inneren Willen oder den nicht durch Irrtum beeinträchtigten Willen als maßgebend hinstellen. Ohne daß es einer Stellungnahme zu der hinsichtlich der Geltung des inneren Willens bestehenden Streitfrage zwischen der Erklärungs- und Willenstheorie bedarf, stehen einer derartigen Auslegung des wirklichen Willens im § 683 BGB. doch starke Bedenken entgegen. Ein innerer Wille ist zwar ein Begriff, der sich notfalls durch Eideszuschiebung feststellen läßt. Daß aber eine derartige Feststellung des in Wahrheit vorhandenen Willens gerade im § 683 BGB. nicht ausreichen kann, liegt auf der Hand. Auch ein Vergleich mit § 133 BGB., in dem ebenfalls von einem wirklichen Willen die Rede ist, zwingt zu einer Ablehnung der Brückmann'schen Ansicht. Hier ist anerkannten Rechts, daß ein bloß innerlich gebliebener verborgener Wille der Parteien nicht Mittel der Auslegung sein kann, sondern daß etwaige Willensmängel lediglich durch Anfechtung geltend zu machen sind[14]). Eine Anfechtung steht aber im Falle des § 683 BGB. nicht in Frage, da auf die Geschäftsführung ohne Auftrag die allgemeinen Bestimmungen der Rechtsgeschäftslehre keine Anwendung finden[15]), sodaß im Falle des § 683 BGB. für den wirklichen Willen der innere Wille noch weniger ausreichen kann als im Falle des § 133 BGB.

Mit dieser Erkenntnis ist aber auch gleichzeitig die Ansicht von Neumann[16]), der unter „wirklichen Willen" den durch Irrtum nicht beeinträchtigten Willen versteht, gegen den, abgesehen davon auch der allgemeine Sprachgebrauch spricht, widerlegt.

Nach alledem können wir uns unbedenklich den Ansichten von Staudinger, Planck, Reichsgerichtsräte-Kommentar und Oertmann[17]) anschließen, die den Erfordernissen des praktischen Rechtslebens dadurch Rechnung tragen, daß sie unter

---

[12]) Brückmann, vgl. oben S. 48, Anm. 5.
[13]) Neumann, vgl. oben S. 48, Anm. 6.
[14]) Staudinger, Bem. zu § 133 BGB.
[15]) Vgl. Leonhard, a. a. O., S. 434.
[16]) Neumann, vgl. oben S. 48, Anm. 6.
[17]) Vgl. oben S. 48, Anm. 7—11.

dem in Wahrheit vorhandenen Willen, den feststellbaren (geäußerten, erweislichen) Willen des Herrn verstehen.

Ein derartiger wirklicher Wille vertreten zu werden wird allerdings, worauf Schulz[18]) mit Recht hinweist, in den meisten Fällen nicht vorhanden sein, da der Geschäftsführer von der Schutzlosigkeit seiner Interessen nichts weiß, und also auch nicht wollen kann, daß sich jemand seiner Geschäfte annimmt.

Ein Hauptfall eines derartig feststellbaren wirklichen Willens ist der Fall, daß ein Auftrag erteilt ist, der aus irgendwelchen Gründen ungültig ist. Hier muß sich der Geschäftsherr gefallen lassen, wenn der Geschäftsführer unter Berufung auf seinen wirklichen Willen Ansprüche gegen ihn herleitet.

## II. Der mutmaßliche Wille.

### 1. Darstellung der vorhandenen Ansichten.

### § 12.

Weiterungen haben sich auch bei der Auslegung des mutmaßlichen Willens ergeben. Bei der Frage, wer denn zu mutmaßen hat, bestehen in der Hauptsache zwei Ansichten.

#### a) Die Vermutungstheorie.

Die eine[1]) versteht unter mutmaßlichen Willen den von jedermann zu mutmaßenden Willen. Maßgebend soll sein, ob vom Standpunkt der Allgemeinheit aus nach objektivem Ermessen anzunehmen ist, der Geschäftsherr würde bei Kenntnis der Sachlage einen entsprechenden[2]) Willen gehabt haben[3]). „Nicht etwa der vom Geschäftsführer nach seiner vielleicht lückenhaften Kenntnis der Umstände zu vermutende Wille, sondern der Wille, wie er bei objektiver Betrachtung der Umstände als Regel anzunehmen ist[4])", d. h. die von jeder Beziehung auf den Geschäftsführer losgelöste Mutmaßung des Richters, ist entscheidend[5]).

---

[18]) Schulz, a. a. O., S. 29; v. Schey, in Grünh. Ztschr., Bd. 5, S. 440.

[1]) RGR.-Komm., a. a. O., zu § 683, Bem. 3; Oertmann, a. a. O., zu § 683, Bem. 1 b (S. 1088); Leonhard, a. a. O., § 231, S. 440; Goldmann-Lilienthal, I. Bd., Allgemeiner Teil, S. 711, Bem. 1; Meisner zu § 683, Ziff. 2; Enneccerus, § 387 I b, Anm. 4; Endemann, a. a. O., Ziff. 3, Anm. 20; Ernst, S. 33; Streber, a. a. O., S. 15/16; Carl, S. 49; Moesch, S. 33.

[2]) D. h. nach unserer Anschauung, einen auf Vertretung gerichteten Willen, während in der sonstigen Literatur von einem der Geschäftsführung entsprechenden Willen schlechthin gesprochen wird.

[3]) Sog. präsumtive Theorie nach Ernst, S. 14, bzw. sog. objektive Theorie nach Streber, S. 13.

[4]) Enneccerus, Bd. I, 2. Abt., S. 504, § 387 1 b, Anm. 4.

[5]) Vgl. Ernst, a. a. O., S. 33; Streber, a. a. O., S. 16.

b) Die putative Theorie.

Andere[6]) halten es für unbillig, den „mutmaßlichen Willen" mit Hilfe von dem Geschäftsführer gar nicht bekannter Umstände zu bestimmen, und lassen es genügen, wenn der Geschäftsführer unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von seiner Betrachtungsweise aus vermuten durfte, den Willen des Geschäftsherrn zu treffen.

## 2. Widerlegung der putativen Theorie und Beweisführung für die Vermutungstheorie.

### § 13.

Für die Richtigkeit der präsumtiven Theorie des mutmaßlichen Willens spricht zunächst entscheidend die Fassung des § 678 BGB., dessen Zusatz „und mußte der Geschäftsführer dies erkennen", überflüssig wäre, verstände das Gesetz unter „mutmaßlichen Willen" den vom Geschäftsführer zu mutmaßenden. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß man, worauf Streber[7]) hinweist, im § 678 BGB. in erster Linie das Maß der vom Geschäftsführer zu beobachtenden Sorgfalt klarstellen wollte.

Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der Vermutungstheorie läßt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 683 BGB. gewinnen. Der Wortlaut des § 753 Abs. 1 des ersten Entwurfes[8]), „wenn anzunehmen ist", zeigt, daß man die Mutmaßung nicht dem Geschäftsführer überlassen wollte, sondern eine objektive Mutmaßung im Auge hatte. Dies bestätigt namentlich der Wortlaut des Abs. 2: „Es wird vermutet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde . ." Während dann in zweiter Lesung ein putativ gefaßter Antrag[9]) des Wortlauts: „Hat der Geschäftsführer das Geschäft dergestalt geführt, daß er nach Lage der Sache die Genehmigung seines Verhaltens erwarten durfte . . ." abgelehnt wurde, gelangte die objektive Mutmaßung wiederum zum Durchbruch durch folgende Fassung: „Hat die Übernahme der Geschäftsbesorgung mit Rücksicht . . . entsprochen", aus der dann durch die Reaktionskommission der heutige § 683 BGB. formuliert wurde.

Außerdem ist mit Leonhard[10]) auf die Unbilligkeit hinzuweisen, zu der die putative Theorie, d. h. die Mutmaßung

[6]) Sog. putative (Ernst) bzw. subjektive (Streber) Theorie: Staudinger, a. a. O., Bem. I 1 b zu § 683; Planck, Bem. 2 b zu § 683; Crome, a. a. O. zu § 255, Ziff. I b; Schollmeyer, a. a. O., § 12 Ziff. 2 b; Brückmann, a. a. O., S. 134; Stelzner, a. a. O., S. 35; Schulz, a. a. O., S. 29.

[7]) Streber, a. a. O., S. 14.

[8]) Vgl. oben S. 20.

[9]) Der Antrag I Protokolle II, S. 729.

[10]) Leonhard, a. a. O., S. 441.

durch den Geschäftsführer, gegenüber dem Geschäftsherrn führen müsse. Nach dieser Theorie müßte der Geschäftsherr dem Geschäftsführer etwaige Aufwendungen ersetzen, die dieser lediglich im Vertrauen auf glaubhafte Äußerung Dritter, der Geschäftsherr wünsche sie, vorgenommen hat.

Nach alledem hat somit die Mutmaßung durch den Richter nachträglich ex post zu erfolgen, sodaß sich der Geschäftsführer auf einen entschuldbaren Irrtum nicht berufen kann. Diese Auffassung der präsumtiven Theorie dürfte auch durchaus mit den römischen Quellen in Einklang stehen, nach denen es nicht ausreicht, wenn der Gestor geglaubt hat, nützlich zu gerieren[11]).

Es bedarf nun noch der Klärung, welches die Momente sind, die der Richter zur Grundlage der Mutmaßung zu machen hat. Die Antwort ist in erster Linie mit aus den Ausführungen der oben angeführten gemeinrechtlichen Schriftsteller zu entnehmen: Es sind dies die oben erwähnten Hinderungsgründe des Geschäftsherrn, auf seinen Geschäftskreis einzuwirken, wie Abwesenheit, Verhinderung, Krankheit usw., kurz die „absentia" des römischen Rechts im weiteren Sinne. Die Beachtung dieser Umstände allein genügt jedoch nicht, es sind weiter auch die Vermögensverhältnisse, persönliche Anschauungen und Neigungen des Geschäftsherrn usw. mit zu beachten. Der Geschäftsführer hat sich, bevor er an eine Geschäftsführung herantritt, immer erst zu vergewissern, ob derartige Hinderungsgründe vorliegen. Insbesondere sind von ihm alle die Umstände zu berücksichtigen, die erkennen lassen, ob der Geschäftsherr auch gerade durch ihn vertreten werden wollte, was namentlich dann nicht der Fall ist, wenn der Geschäftsherr selbst in der Lage war, die betreffenden Geschäfte selbst vorzunehmen, sei es, daß er selbst Fachmann ist oder daß er einen Vertreter hatte, der die Geschäftsbesorgung billiger vornehmen konnte.

Ausgeschlossen wird der wirkliche oder mutmaßliche Wille in der Regel durch ein Verbot[12]).

Liegen also Umstände vor, die allgemein den Schluß zulassen, das Einverständnis des Herrn zu präsumieren und hat der Geschäftsführer auch widersprechende Umstände nicht fahrlässig unbeachtet gelassen, so ist ihm ein Anspruch nach § 683 BGB. gegeben. Weiß der Geschäftsführer z. B., daß der Geschäftsherr sein Haus für die Hochzeitsfeier seiner Tochter ausschmücken lassen wollte, sodaß die Ausschmückung in seinem Interesse lag, und wird nun zufällig der Herr derart seinem Geschäftskreis entrückt, daß er nicht mehr rechtzeitig Auftrag dazu geben kann, so wird zu sagen

[11]) Vgl. l. 9 (10) D 3,5.
[12]) Vgl. Dernburg, a. a. O., Bd. II, S. 332.

sein, daß er vermutlich nichts dagegen hat, wenn ein gefälliger Nachbar für ihn eintritt[13]).

## III. Die subsidiäre Geltung des mutmaßlichen Willens gegenüber dem wirklichen Willen.

### § 14.

Wir haben uns nunmehr noch der Beantwortung der Frage zuzuwenden, in welchem Verhältnis wirklicher und mutmaßlicher Wille zueinander stehen, ob es zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 683 BGB. genügt, wenn der Geschäftsführer nach dem wirklichen oder nach dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat, oder ob ein mutmaßlicher Wille überhaupt nur berücksichtigt werden darf, wenn kein tatsächlicher Wille vorhanden ist.

Es handelt sich also darum, ob der mutmaßliche Wille gegenüber dem wirklichen Willen nur subsidiär[1]) gilt oder ob die gegenseitige Stellung der beiden Willensarten eine alternative[2]) ist.

Soweit in der Wissenschaft ein alternatives Verhältnis geltend gemacht wird, beruft man sich zum Beweis hauptsächlich auf die Ausdrucksweise des Gesetzes mit dem Hinweis, daß sich aus der Verbindung der beiden Begriffe mit „oder" die Gleichberechtigung des mutmaßlichen Willens mit dem wirklichen Willen ergebe. Demgegenüber hat Ernst[3]) mit Recht darauf hingewiesen, daß die Beantwortung der Streitfrage sich unmittelbar aus der Natur des mutmaßlichen Willens ergebe, da der Zweck einer jeden Mutmaßung sei, die fehlende Wirklichkeit zu ersetzen. Daher schließe das Wirkliche das Mutmaßliche aus. Aus diesen Gründen lehnt die herrschende Meinung mit Recht eine alternative Geltung des mutmaßlichen Willens ab.

Die Konsequenzen, die die einzelnen Vertreter jedoch aus dieser gemeinsamen Ansicht ziehen, sind verschieden, je nach der Stellungnahme zur putativen oder präsumtiven Theorie des mutmaßlichen Willens.

Um ein klares Bild zu gewinnen, ist zu beachten, daß bei der Möglichkeit der Mutmaßung des Willens zwei Fälle denkbar sind:

1. Es ist kein wirklicher Wille vorhanden, darum mutmaßt der Geschäftsführer.

[13]) So wörtlich Schulz, a. a. O., S. 30, vgl. auch unser Beispiel oben S. 13.

[1]) RGR.-Komm. zu § 683, Bem. 3; Oertmann zu § 683, Bem. 1 c; Planck zu § 683, Anm. 2 b; Goldmann-Lilienthal zu § 683, Ziff. 3; Streber, S. 18; Ernst, S. 34; Brückmann, S. 134.

[2]) Isay, S. 136; Freund, S. 38; Carl, S. 51, 52.

[3]) Ernst, a. a. O., S. 34.

2. Es ist ein wirklicher Wille vorhanden, dem Geschäftsführer ist es aber nicht möglich, diesen zu erkennen und darum mutmaßt er.

Während der zu 1. genannte Fall keine Schwierigkeiten bereitet, müssen die Vertreter der putativen Theorie zu einer Anerkennung des mutmaßlichen Willens immer dann gelangen, wenn zwar ein wirklicher Wille vorhanden, der Geschäftsführer diesen aber nicht erkennen konnte, selbst wenn sich später herausstellen sollte, daß sich der mutmaßliche Wille im gegebenen Falle mit der Absicht des Geschäftsherrn nicht im Einklang befunden hat.

In diesem Falle wird also die Gefahr des Nichterkennens auf den Geschäftsherrn abgeschoben[4]).

Dieser Ansicht ist jedoch aus denselben Gründen, die wir gegen die putative Theorie des mutmaßlichen Willens angeführt haben, abzulehnen. Von dem von uns aus eingenommenen Standpunkt der präsumtiven Theorie des mutmaßlichen Willens ist vielmehr nur dann zu prüfen, ob der mutmaßliche Wille getroffen ist, wenn ein wirklicher Wille nicht feststellbar ist. Wird aber der wirkliche Wille festgestellt, so erübrigt sich damit jede Prüfung, was wohl der mutmaßliche Wille sein könne. Daraus ergibt sich, daß der Richter den Willen des Geschäftsherrn immer nur dann zu mutmaßen hat, wenn ihm der Beweis des Vorhandenseins eines wirklichen Willens nicht erbracht wird. Ist ein wirklicher Wille aber feststellbar, so ist dieser maßgebend, ohne daß es auf eine weitere Mutmaßung noch ankommt.

## C. Der Fall des § 683 Satz 2 BGB.

### § 15.

Gemäß § 683 Satz 2 in Verbindung mit § 679 BGB. kommt ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Frage, wenn ohne die Geschäftsbesorgung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre.

Es besteht nun in der Literatur Streit darüber, ob in den Fällen des § 679 BGB., 683 Satz 2 BGB. nur der Wille oder auch das Interesse des Geschäftsherrn ausgeschaltet werden soll.

Daß von unserem hinsichtlich des Interessebegriffs eingenommenen Standpunkt, in diesem Falle von dem Interesse

[4]) Brückmann, a. a. O., S. 135.

ebenfalls abzusehen ist, erhellt ohne weiteres, da wir ja Interesse mit Willen identifizieren[1]).

Trotzdem scheint uns dieser ganze Streit weniger ein solcher zwischen der objektiven und subjektiven Theorie des Interesses, als eine grundsätzliche Frage, ob § 683 Satz 2 in Verbindung mit § 679 BGB. eine besondere von den übrigen Voraussetzungen des § 683 BGB. losgelöste Klage gibt oder nicht. Deshalb sei von diesem grundsätzlichen Standpunkt noch weiter auf die Probleme eingegangen.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[2]), die zum größten Teil auch Anhänger der objektiven Interessetheorie sind, steht auf dem Standpunkt, daß das Interesse auch im Falle des § 679 BGB. zu beachten sei. Die Gründe entnehmen sie hauptsächlich aus dem kumulativen Gebrauch der Worte Interesse und Wille in den übrigen Paragraphen des Geschäftsführungsrechts. Wenn das Gesetz die beiden Ausdrücke stets kumulativ verwende, so sei anzunehmen, daß im § 683 Satz 2 BGB. die Weglassung des Interesses nicht ohne Absicht erfolgt sei. Daneben weist man weiter auf die Gefahren hin, die bei einer Nichtbeachtung des Interesses in § 679 für den Geschäftsherrn entstehen könnten. Erwähnt sei ein sich hierauf beziehendes Beispiel Brückmanns[3]), der ausführt: „Muß ich es mir gefallen lassen, daß, während ich z. B. in Italien weile und vergessen habe, die Steuern zu bezahlen, ein Lump aus meiner Bekanntschaft meine Möbel verkauft, die Steuern bezahlt, sich hinterher noch damit brüstet und mich kompromitiert, wobei vorausgesetzt sein mag, daß es für ihn der einzigste Weg war, der Steuerpflicht, die mir oblag, rechtzeitig zu genügen?“

Diese von der herrschenden Meinung vorgetragenen Gründe können jedoch nicht durchschlagen.

Zunächst ist zu beachten, daß in dem dem § 679 BGB. entsprechenden § 755 des Entwurfes lediglich von einem „Verbot“ die Rede war, an dessen Stelle die Redaktionskommission, die zu einer materiellen Änderung des Gesetzes nicht befugt war, den Ausdruck „entgegenstehender Wille“ setzte[4]). Hieraus ergibt sich, daß man an das Interesse überhaupt nicht gedacht hat und keinesfalls mit dieser Formulierung „entgegenstehender Wille“ statt „Verbot“ irgendwie hervorheben wollte, daß von diesem Willen abgesehen, im

[1]) Ebenso Isay, S. 136; Schulz, S. 32, da hier der subjektive Wille des Geschäftsherrn als Bildungselement seines Interesses iliminiert werde, ebenso Ernst, S. 95, jedoch mit anderer Begründung: der Wille falle weg, da das Int. nicht in Betracht komme.

[2]) Vgl. u. a. Staudinger, Bem. 1 a zu § 679; Matthias, S. 712; Fischer-Henle, Anm. 10 zu § 679; Luz, S. 76.

[3]) Brückmann, S. 157.

[4]) Vgl. Prot. II, S. 735 ff u. Mot. II, S. 864 ff.

übrigen die sonstigen Voraussetzungen des § 683 Satz 1 BGB., also auch das Interesse vorliegen müßten[5]).

Aber auch das von Brückmann erwähnte Beispiel gibt keine Veranlassung, das Interesseerfordernis zum Schutze des Geschäftsherrn im Falle des § 679 BGB. beizubehalten. Voraussetzung ist nur, daß man den Begriff des öffentlichen Interesses richtig faßt. „Öffentliches Interesse" ist nicht etwa, wie Brückmann annimmt, den öffentlich-rechtlichen Pflichten gleichzusetzen[6]), sondern teils enger, teils weiter. So hat z. B. die zweite Kommission[7]) angenommen, daß die Zahlung einer Steuer nicht schon deswegen im öffentlichen Interesse gelegen sei, weil es eine öffentlichrechtliche Pflicht sei, Steuern zu bezahlen. Anderseits aber gibt es zahllose privatrechtliche Pflichten, die, ohne öffentlichrechtliche zu sein, doch das öffentliche Interesse berühren. Hierher gehört z. B. die Pflicht zur Besorgung eines Begräbnisses (§§ 1615 Abs. 2; 1713 Abs. 2; 1968), ferner die Pflichten aus den §§ 1617, 1618 BGB.

Man wird richtiger Ansicht unter öffentlichem Interesse nur die Erfüllung jener Rechtspflichten verstehen müssen, an deren Ausführung die Allgemeinheit ein durch die Umstände gegebenes, besonderes, stärkeres und dringendes Interesse hat[8]) oder, wie es kurz Oertmann[9]) unter Bezugnahme auf Haymann[10]) formuliert, „öffentliches Interesse ist das Interesse an den sachlich gerechtfertigten Aufgaben der Gemeinschaft".

Aus dieser Begriffsformulierung dürfte hervorgehen, daß die Zahlung von Steuern in der von Brückmann in seinem Beispiel angedeuteten Weise, nicht ohne weiteres das öffentliche Interesse berührt. Außerdem wird eine derartige Handlungsweise, wie sie in dem oben erwähnten Beispiel zur Debatte steht, in den meisten Fällen gemäß § 138 BGB. gegen die guten Sitten verstoßen, sodaß schon durch § 138 BGB. ein gewisser Schutz vor Unverschämtheiten Dritter, die sich auf das öffentliche Interesse berufen, gegeben ist.

Das Interesseerfordernis muß daher selbst unter Zugrundelegung der objektiven Anschauung des Interessebegriffs unserer Ansicht nach als überflüssig ausscheiden.

---

[5]) Für diese Ansicht spricht ferner auch die selbständige Natur der gegenüber dem § 679 als historische Grundl. zu betrachtenden actio funeraria (l. 12 § 2 D 11,7) und der l. 3 § 3 D 43,10 (de via publica et si quid ea factum esse dicatür). Vgl. Köllner, S. 114 (bestritten).

[6]) Dagegen auch Leonhard, in Krit. Viertelj. Schr. 44, S. 404. Oertmann, Staudinger u. Planck, zu § 679.

[7]) Protokolle, a. a. O.

[8]) Zitelmann, Arch. ziv. Prax., Bd. 99, S. 115.

[9]) Oertmann zu § 679.

[10]) Haymann, Schenkung unter Auflage, S. 163.

## D. Beweislast.

### § 16.

Nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislastlehre trifft den Kläger im Prozeß die Beweislast für sämtliche Entstehungstatsachen (Vollständigkeitstheorie)[1]). Der Geschäftsführer trägt also auch im Falle des § 683 BGB. die Beweislast für das Vorhandensein des Interesses und wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn[2]).

Von der Beweislast streng zu scheiden ist jedoch die Frage der Beweisführung[3]). Während die Beweislast die Regel dafür gibt, wen bei unaufklärbarer Ungewißheit der Schaden trifft, also die Frage entscheidet, was zu beweisen ist, entscheidet die Beweisführung über die Frage, wie die Darlegung der Beweise erfolgt. Inwieweit eine Unaufklärbarkeit vorliegt, entscheidet die freie Beweiswürdigung. Die Beweislast ist ein für allemal gleich. Die Beweisführung ist dagegen beweglich und in den einzelnen Stadien verschieden, und kann vor allem an Hand von Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung, die von den auf die Beweislast einwirkenden gesetzlichen Vermutungen zu unterscheiden sind[4]), vorgenommen werden. Für den Beweis des Interesses wird es denn auch genügen, wenn Tatsachen dargetan werden, die dessen gewöhnliche Merkmale erkennen lassen[5]).

Derartige Erfahrungsvermutungen, durch die sich also die Beweislast nicht verschiebt[6]), wurden denn auch schon im gemeinen Recht zur Beweisführung des „negotium utiliter gestum" herangezogen[7]), und sind trotz der teilweise bestehenden Verschiedenheiten, sowohl untereinander als auch mit dem heutigen Recht hinsichtlich der Voraussetzungen des § 683 BGB., noch heute praktisch brauchbar.

So wird regelmäßig ein Interesse gegeben sein, wenn der Geschäftsführer ein Geschäft weitergeführt hat, das der Herr

[1]) Vgl. Leonhard, Die Beweislast. Aufl. 1926, S. 3 ff.

[2]) Leonhard, a. a. O., S. 375; Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des BGB. und der ZPO., Aufl. 1923, S. 224.

[3]) Leonhard, a. a. O., § 64 b, S. 192 ff; s. auch S. 4 u. 5.

[4]) Eine derartige Rechtsvermutung war der Fall des § 753 Abs. 2 des Entwurfs: „Es wird vermutet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen", der jedoch nicht Gesetz geworden ist.

[5]) Vgl. Oertmann zu § 683, Bem. 5 (S. 1090), und Ernst, S. 98.

[6]) Unrichtig daher Ernst, der S. 97, Abs. 3, Satz 3, bei Gelegenheit der Feststellung, daß die gesetzliche Vermutung des § 753 Abs. 2 d. E. beseitigt sei, bemerkt: „Nur die gesetzliche Vermutung wurde beseitigt und dadurch dem Richter die Möglichkeit verschafft, die Beweislast auf Grund von Erfahrungsvermutungen nach den Bedürfnissen des einzelnen Falles zu regeln." Richtig allerdings wieder S. 98 ff.

[7]) Sturm, a. a. O., S. 20 ff; Ruhstrat, Über negotiorum gestio, S. 26, 27.

begonnen hatte, und wenn er erhalten hat, was der Geschäftsherr selbst ins Werk gesetzt hat[8]). Führt der Geschäftsführer an, daß er in ein blühendes kaufmännisches Geschäft eingetreten ist, dessen Herr verhindert war, so hat er im Sinne des Gewöhnlichen, Natürlichen gehandelt[9]). Auch die Zahlung fremder Schulden liegt regelmäßig im Interesse des Schuldners[10]). Auch ein weiteres Beispiel von Ruhstrat[11]) bedarf hier der Erwähnung: „Der Gestor wird sich auf den Zustand des Hauses berufen können und deduzieren, daß er hiernach annehmen mußte, die Erhaltung des Hauses sei dem Willen des dominus entsprechend. Der Richter muß dann, wenn er nicht die faktischen Voraussetzungen bestreitet, diesen Beweis des Willens für genügend erklären, weil der Richter hier ebenso wie der Gestor die Überzeugung gewinnen muß, daß jeder vernünftige Mensch und folglich auch der für vernünftig zu haltende Geschäftsherr das fragliche Haus unter den obwaltenden Umständen vor dem Einsturz bewahrt haben würde. Nun kann aber der dominus ein eigentümlicher Mann sein, der das Haus dennoch einstürzen lassen wollte und vielleicht imstande sein, den Beweis durch frühere Erklärungen oder ähnliche Vorgänge zu erbringen. Wird dieser Beweis geführt, dann ist dem Gestor nicht weiter zu helfen."

Diese Ausführungen treffen in vollem Umfang auch noch nach heutigem Recht für die Beweisführung hinsichtlich des Interesses zu. Dem Geschäftsherrn bleibt es also immer frei, die Erfahrungsregeln durch einen Gegenbeweis zu entkräften, daß sein Interesse nicht getroffen sei. Das gilt auch für den oben erwähnten Fall der Tilgung fremder Schulden[12]).

Falls durch den Gegenbeweis ein gegenteiliges Interesse des Herrn erwiesen wird, ist dieses maßgebend. Bei einem derartigen Gegenbeweis durch den Geschäftsherrn wird aber der Richter immer scharf zu prüfen haben, ob nicht der Geschäftsherr lediglich aus Schikane sein Interesse leugnet, um den Geschäftsführer in einem derartigen Falle zu schützen. Es ist natürlich Sache des richterlichen Taktes und gesunden Gerechtigkeits- und Billigkeitsempfindens, inwieweit er im einzelnen Fall den Beweis des Interesses, sei es an Hand von Erfahrungsvermutungen oder durch einen angetretenen Gegenbeweis als erbracht ansehen will oder nicht. Bei Unaufklärbarkeit des Interesses ist also, da den Geschäfts-

[8]) Sturm, a. a. O., S. 22.

[9]) Sturm, a. a. O., S. 22.

[10]) Vgl. Oertmann zu § 683, Bem. 5, und die dort Zitierten: Seuff. Arch. 15, Nr. 25; 24 Nr. 96; 27 Nr. 27; 35 Nr. 75. Rosenberg, S. 224 und die in Anm. 4 daselbst zitierte Entscheidung in OLG. 22, 326.

[11]) Ruhstrat, a. a. O., S. 26, 27.

[12]) Vgl. die oben Anm. 10, Zitierten, die die Frage allerdings von der objektiven Interessetheorie aus betrachten.

führer die Beweislast hierfür trifft, gegen diesen zu entscheiden.

Beim „wirklichen Willen" wird der Geschäftsführer den Beweis in den meisten Fällen durch Hinweis auf etwaige Äußerungen des Geschäftsherrn führen können. Eine Eideszuschiebung über dessen Vorliegen halten wir angesichts unserer Definition des wirklichen Willens für bedenklich[13]).

Was die Beweiswürdigung hinsichtlich des mutmaßlichen Willens betrifft, so soll nach der herrschenden Meinung der Beweis in der Mehrzahl der Fälle als geführt angesehen werden durch die Darlegung des Interesses[14]), sodaß den Herrn der Gegenbeweis trifft.

Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit diese Auffassung vom Standpunkt der objektiven Theorie des Interesses aus richtig ist.

Von unserem hinsichtlich des Interessebegriffs eingenommenen subjektiven Standpunkt aus ist eine derartige Beweisführung nicht ausreichend und lückenhaft, da, wenn ganz feststeht, daß der Herr eine bestimmte Handlung wünscht, nicht ohne weiteres vermutet werden kann, daß er auch die Vertretung, bzw. die Vertretung durch gerade diese Person wolle.

Der Geschäftsführer muß vielmehr die Quellen seiner Mutmaßung nachweisen. Insofern ist Brückmann, trotz der grundsätzlichen Verschiedenheit unserer Ansicht mit der seinigen hinsichtlich des Interessenbegriffs, zuzustimmen, wenn er sagt[15]): „Es würde in der Tat zu sonderbaren Ergebnissen führen, wenn der Herr dartun solle, daß sein mutmaßlicher Wille in entgegengesetzter Richtung gegangen sei, bevor noch der Gestor dargelegt hätte, aus welchen Quellen er seine Mutmaßung geschöpft hat."

Der Geschäftsführer wird demgemäß neben dem Interesse, noch andere Umstände, die einen Schluß auf seinen vermutlichen Willen vertreten zu werden zulassen, dartun müssen, wie Krankheit, Abwesenheit, Verhinderung usw. Demgegenüber kann dann der Geschäftsherr den Gegenbeweis durch Anführung entgegenstehender Tatsachen, die seinen widersprechenden Willen offenbaren, antreten, z. B. durch Hinweis darauf, daß er die Sache selbst ausführen konnte.

Was die Beweislast hinsichtlich der Geltung des wirklichen Willens im Verhältnis zum mutmaßlichen Willen an-

[13]) Vgl. auch Schulz, a. a. O., S. 27, sowie Ernst, a. a. O., S. 100; a. A. Brückmann, S. 143, Anm. 2.

[14]) Planck zu § 683 E.; Oertmann zu § 683, Bem. 5; Staudinger zu § 683, Bem. IV; Crome zu § 255, Ziff. 10; RGR.-Komm. zu § 683, Bem. 4; Rosenberg, a. a. O., S. 224.

[15]) Brückmann, a. a. O., S. 143, Anm. 2.

betrifft, so wird man Staudinger[16]) zustimmen müssen, daß für die Behauptung, es komme auf den mutmaßlichen Willen nicht an, weil der wirkliche Wille feststehe, der Geschäftsherr beweispflichtig ist.

[16]) Staudinger zu § 683, IV b.

## Lebenslauf.

Am 21. Mai 1906 wurde ich als Sohn des Kunstschlossermeisters Karl Seum und seiner Ehefrau Marie, geb. Knoblauch, in Kassel geboren. Nach dreijährigem Vorschulbesuch absolvierte ich das Realgymnasium I zu Kassel, das ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich daraufhin dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften auf den Universitäten zu Gießen, Berlin und Marburg. Am 5. Februar 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Kassel, und befinde mich seitdem als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst.

Am 6. Februar 1932 bestand ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung.